

Santiago Muñoz Machado

---

TRATADO DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL

---

TOMO XIV  
LA ACTIVIDAD REGULATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN



MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA



Boletín Oficial del Estado





TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y  
DERECHO PÚBLICO GENERAL

XIV  
LA ACTIVIDAD REGULATORIA  
DE LA ADMINISTRACIÓN



**SANTIAGO MUÑOZ MACHADO**

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

**TRATADO  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL**

**XIV  
LA ACTIVIDAD REGULATORIA  
DE LA ADMINISTRACIÓN**



**AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2015**

Cuarta edición: octubre de 2015  
Primera edición con esta estructura y formato



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Santiago Muñoz Machado

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO (encuadernación en cartón): 007-15-105-0

NIPO (encuadernación en rústica): 007-15-104-5

ISBN (Tomo XIV): 978-84-340-2229-4

ISBN (obra completa): 978-84-340-2215-7

Depósito Legal: M-24706-2015

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# ÍNDICE GENERAL

<b>I.</b>	<b>Las clasificaciones doctrinales dominantes durante el siglo xx sobre las formas de actuación de la Administración y su relación con los derechos de los ciudadanos: revisión dogmática de las mismas</b> .....	13
	1. <i>La doctrina de «las formas de la actuación administrativa»: su necesaria reconsideración</i> .....	13
	2. <i>Del poder de policía a la ideología del servicio público</i> ...	18
<b>II.</b>	<b>Del servicio público al Estado regulador y garante</b> .....	23
	1. <i>El desarrollo de la ideología de la regulación</i> .....	23
	2. <i>El Estado de la doctrina de la regulación económica: proyecciones a otros ámbitos de la actuación pública</i> .....	26
	3. <i>Regulación y autorregulación en el conjunto de relaciones entre el Estado y la sociedad</i> .....	33
	4. <i>Regulación y colaboración público-privada en el sector social</i> ..	44
	A) El desarrollo exponencial del denominado tercer sector ..	44
	B) La equidistancia entre el Estado y el mercado .....	49
<b>III.</b>	<b>Las manifestaciones de la potestad de regulación: cuadro sistemático</b> .....	53
<b>IV.</b>	<b>Las potestades administrativas de regulación: contenido y límites</b> .....	59
	1. <i>Algunas características</i> .....	59
	2. <i>Proyecciones en materia de organización administrativa: el doble sentido de la independencia de los reguladores</i> ...	60
	3. <i>La transparencia de los procedimientos</i> .....	64
	4. <i>La contribución privada a la formulación de algunos instrumentos regulatorios de carácter normativo</i> .....	70
	A) La normalización .....	70
	B) Efectos jurídico-públicos de las normas técnicas y otras actuaciones privadas en materia de seguridad y calidad .....	75



5.	<i>Principios jurídicos que disciplinan el ejercicio de las potestades y su control</i> . . . . .	86
<b>V.</b>	<b>La regulación de los servicios de interés general</b> . . . . .	<b>92</b>
1.	<i>Actualización de un viejo concepto: servicios públicos, servicios de interés general, servicios de interés económico general, servicios sociales de interés general, servicios no económicos de interés general, servicio universal, misiones de servicio público</i> . . . . .	92
2.	<i>Los servicios de titularidad pública</i> . . . . .	97
3.	<i>El problema de la compatibilidad de los servicios de titularidad pública con el Derecho comunitario</i> . . . . .	104
4.	<i>La habilitación constitucional para la reserva al sector público de servicios esenciales</i> . . . . .	110
5.	<i>Límites a las reservas derivados de su afectación a otros derechos constitucionales</i> . . . . .	116
6.	<i>Principios del régimen jurídico de los servicios de titularidad pública</i> . . . . .	120
	A) Principios concernientes a su funcionamiento . . . . .	120
	B) Los usuarios y sus relaciones con el servicio . . . . .	122
	a) El derecho al establecimiento del servicio . . . . .	122
	b) Derechos y deberes . . . . .	126
	C) En particular, las contraprestaciones por la utilización de los servicios públicos . . . . .	128
	a) Tasas y tarifas . . . . .	128
	b) La intervención administrativa en la formación de los precios, tarifas y peajes por la utilización de servicios de interés general . . . . .	131
7.	<i>Las formas de gestión de los servicios de titularidad pública</i> . . . . .	137
	A) Evolución . . . . .	137
	B) La distinción tradicional entre gestión directa e indirecta y sus manifestaciones . . . . .	139
	C) La ampliación de los instrumentos de gestión . . . . .	144
8.	<i>Los servicios de interés económico general</i> . . . . .	145
	A) Principios de ordenación . . . . .	145
	B) Límites a la aplicación de las reglas de la libre competencia . . . . .	150
	C) Limitaciones a la financiación privilegiada . . . . .	157

9.	<i>Los servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia y los servicios no económicos . . . . .</i>	163
	A) Servicios de interés general prestados en régimen de competencia . . . . .	163
	B) Servicios de interés general no económicos . . . . .	164
	a) Los servicios de autoridad . . . . .	164
	b) Los servicios de solidaridad . . . . .	169
10.	<i>El servicio universal . . . . .</i>	175
<b>VI.</b>	<b>Regulación de los derechos . . . . .</b>	<b>181</b>
1.	<i>La doctrina sobre las diferencias entre derechos constitucionales según requieran o no prestaciones de los poderes públicos para su realización y ejercicio: revisión crítica . . . .</i>	181
2.	<i>Configuración legal y delimitación administrativa de los derechos . . . . .</i>	186
	A) El marco constitucional . . . . .	186
	B) La definición del contenido de los derechos . . . . .	192
	a) Regulación y privación del derecho . . . . .	192
	b) Limitaciones, deberes y obligaciones . . . . .	195
	C) El régimen estatutario de los derechos . . . . .	200
	a) El caso de la propiedad del suelo y otros derechos de propiedad . . . . .	201
	b) El régimen estatutario de la libertad de empresa . .	206
3.	<i>En particular, autorizaciones, comunicaciones y declaraciones responsables . . . . .</i>	210
	A) El régimen jurídico tradicional de las autorizaciones y sus transformaciones . . . . .	210
	B) Autorizaciones generales y licencias individuales . . . .	213
	C) La revisión de la doctrina establecida: la radical restricción de las autorizaciones previas por su carácter obstaculizador de la libertad . . . . .	218
	D) Los principios jurídicos que disciplinan el régimen de las autorizaciones . . . . .	223
	E) Comunicaciones previas y declaraciones responsables . . .	231
4.	<i>Supervisión e inspección . . . . .</i>	238
	A) La regulación de la información . . . . .	238
	B) La potestad de inspección . . . . .	239

C)	El ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación por entidades colaboradoras de carácter privado . . . . .	248
a)	La expansión del fenómeno del ejercicio privado de funciones públicas al control, inspección y certificación en diversos sectores regulados . . . . .	248
b)	La aplicación de las técnicas de acreditación y control por entidades privadas al otorgamiento y supervisión de licencias municipales . . . . .	252
c)	El régimen jurídico de las entidades colaboradoras que ejercen funciones públicas de certificación, control e inspección . . . . .	255
5.	<i>Resolución de conflictos: administrativización de las garantías</i> . . . . .	258
<b>VII.</b>	<b>Regulación de empresas y mercados</b> . . . . .	264
1.	<i>Regulación y competencia</i> . . . . .	264
2.	<i>La competencia como un marco jurídico para el ejercicio de actividades económicas públicas y privadas</i> . . . . .	266
A)	La organización de la defensa de la competencia . . . . .	266
B)	La prohibición de prácticas colusorias . . . . .	268
C)	El abuso de posición dominante . . . . .	271
D)	Las concentraciones . . . . .	276
E)	Procedimientos en materia de competencia . . . . .	279
a)	En Derecho comunitario . . . . .	279
b)	La legislación española de defensa de la competencia. . . . .	283
3.	<i>La iniciativa empresarial pública</i> . . . . .	284
A)	Neutralidad constitucional, neutralidad comunitaria sobre la propiedad pública o privada de las empresas . . . . .	284
B)	Sometimiento de las empresas públicas a la libre competencia . . . . .	290
C)	El concepto económico o funcional de empresa y su aplicación a organismos administrativos . . . . .	294
D)	La igualdad de condiciones financieras de las empresas públicas y privadas . . . . .	300
4.	<i>El sometimiento de la actividad económica de la Administración pública a las reglas de mercado</i> . . . . .	308
A)	Fundamentos . . . . .	308
B)	La doctrina de la «acción de Estado» . . . . .	310

5.	<i>Regulaciones para asegurar la competencia en igualdad de condiciones</i> .....	314
A)	Acceso a redes, infraestructuras, instalaciones y servicios .....	314
B)	Separación de actividades y contabilidades .....	326
6.	<i>Subvenciones y ayudas públicas</i> .....	332
A)	Los principios de ordenación de las subvenciones públicas .....	332
B)	Régimen jurídico-comunitario de las ayudas públicas ..	335
7.	<i>Intervenciones de empresas</i> .....	342
A)	En general: artículo 128.2 CE .....	342
B)	Algunos ejemplos en la legislación sectorial: Bancos, Cajas y sector energético .....	344
<b>VIII.</b>	<b>Bienes públicos y regulación</b> .....	349
1.	<i>Funciones y bienes fuera del comercio</i> .....	349
2.	<i>Bienes de dominio público y bienes patrimoniales</i> .....	350
3.	<i>Determinación constitucional y determinación legal de la demanialidad: los límites de la demanialización de bienes.</i> ..	353
4.	<i>La afectación de los bienes</i> .....	357
5.	<i>Adquisición y enajenación</i> .....	359
6.	<i>Utilización de los bienes públicos</i> .....	362
7.	<i>La protección y defensa de los bienes públicos</i> .....	365
A)	Inventarios .....	366
B)	Registros .....	367
C)	Investigación, deslinde, recuperación posesoria, desahucio administrativo .....	368
D)	Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad .	371
E)	Otras técnicas de protección .....	374
<b>IX.</b>	<b>Privación de la propiedad y los derechos patrimoniales como límite de la regulación: la expropiación forzosa</b> .....	375
1.	<i>Regulación y expropiación</i> .....	375
2.	<i>Concepto, ámbito y manifestaciones de la expropiación forzosa</i> .....	379
3.	<i>El carácter de la reserva de ley en la expropiación forzosa: expropiaciones directas por ley y expropiaciones en el marco de la ley. La declaración de utilidad pública o de interés social</i> .....	385

4.	<i>Sujetos del procedimiento expropiatorio</i> .....	392
	A) Expropiante .....	393
	B) Beneficiario .....	394
	C) Expropiado .....	396
5.	<i>El procedimiento expropiatorio general</i> .....	398
	A) La declaración de necesidad de ocupación .....	399
	a) Finalidad y contenido .....	399
	b) Impugnación de los actos que concretan la causa expropiandi y declaran la necesidad de ocupación. ....	402
	c) <i>Extensión de la expropiación a bienes no necesarios. La cuestión de las expropiaciones parciales</i> ..	404
	B) La determinación del justiprecio .....	407
	a) La regla del previo pago .....	407
	b) La determinación del precio por mutuo acuerdo ...	413
	c) La significación jurídica del justo precio .....	414
	d) Criterios para la valoración .....	416
	e) El procedimiento de fijación del justiprecio. El Jurado de Expropiación .....	419
	C) Pago y toma de posesión .....	422
	D) Retasaciones e indemnizaciones por retrasos en la fijación del justiprecio o en el pago .....	422
	E) Especialidades en las expropiaciones urgentes .....	425
6.	<i>Reversión de los bienes expropiados</i> .....	428
	A) Naturaleza y justificación del derecho de reversión ...	428
	B) Excepciones al derecho de reversión .....	430
	C) El ejercicio del derecho .....	432
7.	<i>Procedimientos especiales</i> .....	433
	A) En la legislación de expropiación forzosa .....	433
	B) Expropiaciones urbanísticas .....	436
	<b>Bibliografía</b> .....	439
	<b>Índice analítico y onomástico</b> .....	479

## I. LAS CLASIFICACIONES DOCTRINALES DOMINANTES DURANTE EL SIGLO XX SOBRE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS: REVISIÓN DOGMÁTICA DE LAS MISMAS

### 1. LA DOCTRINA DE «LAS FORMAS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA»: SU NECESARIA RECONSIDERACIÓN

Las doctrinas matrices, de las que proceden los dogmas de que trataremos ahora, son solamente dos, una de raigambre caracterizadamente española y otra de origen italiano.

— La primera fue establecida por L. JORDANA DE POZAS en algunos ensayos elaborados cuando no se había agotado aún la mitad del siglo XX. Propuso JORDANA la división de los modos de la actividad administrativa en tres categorías: policía, servicio público y fomento. La policía englobaría todas las actuaciones o decisiones administrativas que implicaran limitaciones o restricciones de los derechos; el servicio público agruparía todas las prestaciones que la Administración organiza, directa o indirectamente, para ofrecerlas a los ciudadanos y mejorar, por tanto, sus condiciones de vida y derechos. Y la actividad de fomento, en fin, incluiría todos los instrumentos y técnicas de que se vale la Administración para estimular la de los propios ciudadanos o facilitar el cumplimiento de sus deberes. La clasificación de JORDANA tuvo un éxito extraordinario entre la doctrina española, que la aceptó sin más contestación que añadir, a lo largo del tiempo, algunas otras manifestaciones de la actividad administrativa que merecían ser sustentadas también, como las de carácter industrial o de dación de bienes y servicios al mercado (VILLAR PALASÍ, ARIÑO), arbitral (PARADA), planificadora (S. MARTÍN-RETORTILLO).

— La segunda es de origen italiano y su primera aplicación en España hay que atribuírsela a E. GARCÍA DE ENTERRÍA. En su sistematización del Derecho Administrativo (con T. R. FERNÁNDEZ), partió de la con-

**1.**  
*La clasificación  
de JORDANA  
DE POZAS.*

**2.**  
*Ampliaciones.*

sideración de la crisis de alguna de las categorías utilizadas en la tripartición de JORDANA (que, por cierto, se mantuvo en el patrimonio de la doctrina española sin ser utilizada por otros autores de nuestro entorno, quizá con la única excepción del empleo de algunas de esas categorías por BENOÎT y BOURJOL). En particular, la actividad de policía, que había servido en Alemania para explicar la totalidad de la actividad administrativa, había vinculado siempre dicha noción al orden y la seguridad pública. Tal régimen de la policía tiene un origen perfectamente determinado en el parágrafo 10. II, 17, del *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794. Esta norma absolutista llenó, en este punto, todo el siglo XIX y sobre sus principios elaboró, ya al final del mismo, O. MAYER su influyente construcción sobre la función administrativa de policía y la complementaria teoría de las órdenes. Pero, cuando fue avanzando el siglo XX, se hizo imposible sostener la vinculación entre la policía y el orden y la seguridad, ya que muchas de las instituciones y técnicas formadas alrededor de dicha noción empezaron a aplicarse por la Administración a otros diferentes problemas de interés general. Muy especialmente a la actividad económica. Esa circunstancia determinó que hubiera de abrirse hueco, frente a la policía general, que sería la articulada alrededor del orden público, una pléyade de policías especiales que actuaban con objetivos diferentes de carácter económico o social. Los autores empezaron a hablar entonces de intervención o regulación económica o social, en lugar de referir las competencias de tal carácter a la acción de policía.

### 3.

Crisis de la noción estricta de policía.

La doctrina italiana había sugerido formas distintas de clasificación de la actividad administrativa. S. ROMANO empleó la distinción entre actividad administrativa de limitación y actividad de prestación, e incluso aceptó que esta última podía tener un carácter bilateral porque no solo comprendería las prestaciones de la Administración a los ciudadanos, sino también las que estos se veían compelidos a ofrecer a la Administración y que se concretan en expropiaciones, tributos o prestaciones personales. Pero la clasificación más pormenorizada y completa la ofreció sin duda posible, años después, M. S. GIANNINI. Es este autor el que recupera la noción medieval de *ablatio* para construir alrededor de ella los procedimientos ablatorios, que implican sacrificio, privación o eliminación de intereses privados por razones de interés colectivo. Dentro de los procedimientos ablatorios, subclasifica los que afectan a derechos personales (la teoría de las órdenes aparece en este lugar), los que se refieren a derechos reales (apropiaciones y privaciones, requisas, transferencias coactivas, secuestros, confiscaciones, imposición de servidumbres, ocupaciones, enfiteusis y derechos de superficie) y los que crean derechos de obligación, entre los que

### 4.

Clasificación de S. ROMANO.

### 5.

La pormenorizada clasificación de GIANNINI.

aparecen las prestaciones obligatorias, sean tributarias o personales, como es el caso del servicio militar.

La clasificación de GIANNINI resulta realmente deslumbrante a primera vista pero, poniéndole un poco de distancia, que el tiempo transcurrido permite ahora, cabe preguntarse sobre su utilidad o su valor explicativo de la posición de la Administración en relación con los derechos de los ciudadanos. S. ROMANO había escrito, cuando se publicó el Derecho Administrativo de GIANNINI, hacía años, sus «*Fragments de un dictionnaire juridique*». Si no hubiera sido así, tal vez pudiera pensarse que se refería a operaciones clasificatorias como la de GIANNINI cuando escribió para dicho Diccionario la voz «*glissez, mortels, n'appuyez pas*», que toma de un entrenador de patinaje para ofrecerla también como recomendación a los juristas empeñados en clasificaciones interminables y en apurar las consecuencias de una argumentación hasta extremos completamente innecesarios. Va contra los juristas que se empeñan, dice ROMANO, en «hendir en tres un cabello».

La exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA siguió la de S. ROMANO, seguramente por convicciones parejas a las que acaban de expresarse, y dividió toda la actuación de la Administración, en relación con los derechos, en dos grandes categorías: las actuaciones de ampliación de derechos y las de limitación.

Toda la doctrina española se ha mantenido dentro de uno u otro de los esquemas que acaban de indicarse. El que tiene su origen dogmático en JORDANA DE POZAS sigue apareciendo en los manuales más difundidos (R. PARADA, J. A. SANTAMARÍA, L. COSCULLUELA), bien en su versión original, bien incorporando algunos elementos clasificatorios que derivan de las propuestas italianas de S. ROMANO, tomado entre nosotros por E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Por supuesto, sigue empleándose en la mayor parte de las monografías y artículos publicados en las revistas especializadas.

La crisis de ambas formas de entender la actuación administrativa es, en la actualidad, manifiesta a nuestro juicio. La clasificación en las tres grandes categorías de JORDANA (policía, servicio público y fomento) atiende sobre todo al diferente grado de compromiso que asumen las Administraciones públicas en relación con los derechos de los ciudadanos. La primera cuida de la seguridad y el orden para el libre ejercicio de los mismos; la segunda aporta prestaciones; la tercera se limita a estimular actuaciones y derechos que, al mismo tiempo, benefician al interés general.

## 6.

*Pervivencia de JORDANA...*

## 7.

*... y de S. ROMANO.*

## 8.

*Crisis de los modelos dogmáticos tradicionales.*



Las posibilidades de integrar en cualquiera de estos órdenes clasificatorios, de un modo cabal y ordenado, las diferentes formas que reviste la actuación de las Administraciones públicas se ha hecho completamente inviable debido a las transformaciones experimentadas desde finales del siglo XX y primeros del siglo XXI en la concepción de la posición que ha de asumir el Estado en relación con la sociedad. En concreto, por lo que a las técnicas de actuación se refiere, no solo es notorio que la actividad de policía, como ya advirtieron las primeras críticas a la tripartición de JORDANA, no se limita al orden público, sino que algunas técnicas que se han considerado siempre prototípicas de la potestad de limitación de derechos (si se prefiere este orden clasificatorio), como la autorización administrativa, son también en la actualidad técnicas habilitantes del ejercicio de actividades reguladas o de acceso a los mercados cuando el número de operadores que pueden actuar en ellos es escaso. Han ocupado las autorizaciones el papel de las concesiones de servicio cuando la actividad a que se refieren ha dejado de ser de titularidad de alguna Administración pública.

**9.**

*Transformaciones y uso indiferente de los instrumentos y técnicas de actuación.*

Este tipo de disonancias o dificultades de encaje se pueden predicar de casi todas las técnicas de actuación administrativa en la actualidad. Por referir solo, de nuevo, el caso de las más significativas: el servicio público ha dejado de ser una actividad prestacional de la Administración; puede serlo, pero los servicios sociales y económicos de interés general también pueden ser responsabilidad de empresas privadas; para las empresas que lo prestan puede configurarse como una obligación compensada a veces con posiciones privilegiadas de Derecho Público que las sitúa fuera de las reglas de la libre competencia. Otro ejemplo: el estudio de las ayudas públicas a las actividades privadas no puede resumirse actualmente en las viejas categorías de la doctrina del fomento; junto a las ayudas públicas, también las hay de carácter privado que pueden implicar financiación cruzada en grupos de empresas, que constituyen objeto de preocupación para el regulador; la cuestión jurídica central que plantean las ayudas no es otra que la de asegurar el mantenimiento de la igualdad de condiciones de los operadores en los mercados, que poco tiene que ver con la tradicional perspectiva con que se estudiaban aquellas desde la denominada actividad de fomento.

**11.**

*Intercambibilidad.*

Hace muchos años que la doctrina había advertido, con ocasión de la clasificación de JORDANA, que las técnicas de actuación administrativa son intercambiables (F. GARRIDO FALLA, S. MARTÍN-RETORTILLO, J. L. VILLAR PALASI), pero en la actualidad no estamos ante un fenómeno de ese

tipo sino de superación, pura y simple, del valor que tuvieron históricamente las clasificaciones dogmáticas reseñadas.

La orientación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo no puede seguir siendo la misma. Al organizar sistemáticamente las formas de la actuación administrativa, no se puede perder de vista lo esencial, que es explicar adecuadamente cuál es la posición que el Estado tiene en la actualidad en relación con la sociedad. Este es el punto de partida inexcusable. No es lo mismo un Estado que se abstiene y retrae, potenciando al máximo la posibilidad de que la sociedad asuma la satisfacción de sus necesidades y organizando los mercados de un modo que los intereses privados y los públicos se conjuguen ordenadamente en ellos, que un Estado que, como el del siglo xx, se preocupa de participar activamente como gestor de empresas y prestador de servicios de toda clase. Estas categorías dogmáticas hay que ponerlas necesariamente por encima de cualquier intento clasificatorio.

Si el tiempo presente es, como iremos estudiando sucesivamente, el del retraimiento del Estado y potenciación de la sociedad, las instituciones privadas y las empresas, es necesario también explicar la acción del Estado conforme a categorías que se correspondan con esta nueva ideología. El Estado regulador y garante es la mejor expresión, a nuestro juicio, del nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad.

En este marco es imprescindible volver a sistematizar, alrededor de la idea de regulación, las potestades de conformación de las actividades privadas, y de las públicas que tienen relación con ellas, que se reserva a las Administraciones públicas. Los instrumentos utilizados para la regulación de los mercados y de los derechos económicos y sociales proceden de tradiciones que han madurado durante los dos siglos anteriores, sin ninguna duda. Pero, en la actualidad, han cobrado características técnico-jurídicas singulares y permiten desarrollos funcionales y aplicaciones que han sido desconocidas en nuestra práctica hasta recientemente. Realmente, el Estado regulador y garante ha reordenado los instrumentos jurídicos de que se vale y ha focalizado de otra manera los objetivos principales a que dirige su acción, sin perjuicio, no obstante, de mantener algunas de sus intervenciones tradicionales sobre la actividad y los derechos privados.

Estableceremos en un apartado posterior de este volumen un cuadro sistemático del contenido de la actividad de regulación, que abarca desde la definición de los servicios que se retienen en mano pública, respecto de los cuales las Administraciones públicas siguen

**12.**

*El cambio de concepciones sobre el papel del Estado.*

**13.**

*El Estado regulador y garante como valores de referencia.*

**14.**

*Singularidad y sustantividad propia de las técnicas e instrumentos de que se vale el Estado regulador.*

cumpliendo las funciones de titulares y, en su caso, gestoras, a los servicios de interés general, cuya titularidad y gestión se encomienda directamente a organizaciones y a empresas privadas, sometidas a una fuerte regulación que asegure y garantice servicios suficientes y de calidad a los ciudadanos. La actividad de regulación comprende igualmente la delimitación y limitación de los derechos de los ciudadanos y empresas, así como la imposición de deberes y obligaciones que afectan tanto a las facultades que comprenden como a su ejercicio. La preservación de la igualdad de trato y condiciones de competencia, la vigilancia y control sobre las actuaciones social o económicamente relevantes que desarrollan establecimientos privados, la resolución de conflictos que traban los propios particulares y empresas entre sí respecto de sus derechos, y la determinación de las propias fronteras donde la acción de regulación termina y comienza la recuperación plena, por parte de las Administraciones públicas, de la responsabilidad de administrar bienes públicos o asumir la titularidad y la gestión de servicios. Esta actividad de regulación y garantía, que empezó construyéndose fundamentalmente en el área económica, se ha ido extendiendo paulatinamente a todos los servicios de interés general, incluidos desde luego los de carácter social.

### 15.

*La expansión de los valores y los instrumentos propios de la regulación para caracterizar a la actividad administrativa en su conjunto.*

En conclusión, como pretendemos demostrar en este capítulo, alrededor de los conceptos de regulación y garantía puede ordenarse el núcleo fundamental de la acción administrativa, como pretendió también la vieja doctrina de las «formas de la actividad». No comprende la totalidad de la actividad de los poderes públicos, pero sí es capaz de explicar la mayor parte de la misma con conceptos claros y acomodados a la concepción actual de las relaciones del Estado con la sociedad.

## 2. DEL PODER DE POLICÍA A LA IDEOLOGÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

En el siglo XIX la ideología dominante fue la del poder. La exaltación del poder estaba en la base de toda la construcción alemana y francesa del Derecho Público. Para autores alemanes como GERBER, LABAND, IHERING o JELLINEK, el Estado detenta la *Herrchaft*, el poder de dominación que le permite mandar e imponerse de un modo irresistible. Nadie puede sustraerse a sus mandatos. Todos tienen un deber de obediencia. En este orden de ideas, si el Estado está sometido al Derecho es por una decisión voluntariamente asumida, se trata de una autolimitación. De la posición peculiar del Estado frente al Derecho deriva sencillamente la explicación de que las reglas a las que está

### 16.

*El poder del Estado para mandar e imponerse: la dogmática alemana decimonónica.*

sometido, no son las mismas que las que rigen las relaciones entre particulares. Al fondo de esta doctrina se adivina la idea hegeliana según la cual no hay límites externos a los que el Estado deba someterse necesariamente, de modo que su vinculación por el Derecho es un ejercicio de autolimitación.

En la teoría francesa el desarrollo de estos principios está en la noción de soberanía, construida, de acuerdo con una tradición filosófica que estudiamos en el volumen I, de un modo coherente por CARRÉ DE MALBERG. La teoría de la soberanía parte de los mismos postulados que la *Herrschaft*: el Estado es una persona moral que constituye el fundamento permanente del poder. El Estado dispone de un poder superior, de una autoridad suprema, que prevalece sobre la voluntad individual. El Derecho no precede al Estado sino que nace del poder del Estado. Hay que buscar en la voluntad del Estado la limitación de sus poderes. El Derecho es para estas concepciones un límite externo, resulta solamente de un proceso de objetivación de la voluntad del Estado en un orden jurídico caracterizado por la estabilidad, la coherencia y la jerarquización.

En este marco, el papel que se asigna a la Administración pública es esencialmente el mantenimiento del orden público y esta circunstancia fue, más que ninguna otra, la que propició «el crecimiento y protagonismo de la Administración hasta su consolidación como un poder sustantivado y subjetivado». Considerando que la ideología dominante en el Estado liberal era la libertad de desenvolvimiento de los ciudadanos y la eliminación de los «estorbos», que afectaban a la libre implantación de la industria y al desarrollo del comercio, se comprende bien que la seguridad se convirtiera en un valor esencial que debería influir en la configuración de las relaciones del Estado con la sociedad. El orden es un fin esencial del Estado, para cuya consecución puede utilizar su posición de superioridad y su poder irresistible. La expresión de este poder es la actividad de policía, que se configuraría como el primero de todos los poderes. HAURIUO acertó a expresarlo con concisión y claridad. El «poder administrativo», dijo, es «primeramente un poder de policía, es decir, un poder que, por medidas de previsión, tiende a asegurar el orden público y la paz civil». Y añadió: «todo el poder administrativo está construido a esta idea de policía preventiva destinada a procurar una mejor paz social»; «el poder administrativo es una centralización de todas las policías civiles (que) han sido separadas de las jurisdicciones y concentradas en manos del personal administrativo». En alguna de las primeras Constituciones decimonónicas, como la de 1837, se caracteriza justamente el poder ejecutivo por «la conservación del orden público en lo interior» (artículo 45).

**17.**  
Teoría  
de la soberanía  
en Francia.

**18.**  
El poder  
administrativo  
es un poder de  
policía para la  
conservación del  
orden público.

Al final del siglo XIX estas concepciones tradicionales sobre el fundamento del poder del Estado empiezan a periclitarse. La industrialización y la concentración de medios de producción van exigiendo cada vez más la intervención del Estado. El liberalismo político ha cambiado y pone mucho más acento en la construcción de un verdadero Estado de Derecho, que limite el poder estatal y lo someta al Derecho. Se desarrollan, en fin, ideologías nuevas que insisten en la solidaridad y reclaman del Estado que se inmiscuya más directamente en las relaciones sociales.

### 19.

*Incremento de la intervención del Estado en sectores económicos y sociales.*

El Estado intervendrá más en el funcionamiento de la economía; tratará de evitar las fluctuaciones que afectan a los grandes sectores económicos, ocupará posiciones empresariales directas, fomentará los sectores de más relevancia para los intereses públicos; al mismo tiempo tendrá más presentes las consecuencias de su acción económica y las provocadas por la concentración de capitales en los equilibrios sociales. Ampliará su posición y sus responsabilidades en el establecimiento de infraestructuras y en la gestión de servicios de interés educativo, social o económico. En el marco de todas estas importantísimas transformaciones, la noción de poder público sirve poco para explicar las nuevas funciones del Estado. La teoría del Estado-poder no encuentra fáciles justificaciones para las nuevas formas de intervención pública, para cuya legitimidad es preciso buscar fundamentos nuevos.

Como ha dicho J. DONCELOT se produce con todos estos cambios un «*basculement des mentalités*», convirtiendo al Estado no tanto en el «garante externo» como en el «responsable efectivo del crecimiento económico y del progreso social».

### 20.

*Ampliación de la solidaridad social.*

Aparece entonces, imponiéndose a la ideología dominante del Estado como poder público, una nueva concepción basada en la ampliación de la solidaridad social. Pero, como ha subrayado J. CHEVALLIER, en la empresa de desmitificación de poder del Estado, «*l'assaut impétueux, et à proprement parler sacrilège*», se debe a L. DUGUIT, «el iconoclasta que no duda en atacar a los falsos ídolos, a los mitos relativos a todo el poder del Estado».

### 21.

*DUGUIT y la misión del Estado.*

Para DUGUIT la concepción del Estado como entidad abstracta y soberana, titular del poder y situada detrás de los gobernantes, pertenece al orden de la metafísica. Los actos del Estado no son sino la traducción de la voluntad de las personas que lo conducen, que lo mueven y actúan. El Estado no es una persona colectiva soberana, sino una sociedad en la que los individuos tienen una fuerza irresistible de coacción. Los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados no porque son la expresión de un poder del Estado o de un derecho

de mando, sino que se imponen en la exclusiva medida en que se corresponden con las normas jurídicas surgidas de la «conciencia social»; estas normas las llama DUGUIT «el derecho objetivo». En el centro mismo del derecho objetivo, en su corazón, está la idea del servicio público. El papel de los gobernantes consiste en trabajar para la realización y el desarrollo de la solidaridad social, tomando a su cargo actividades de interés general indispensables para la vida colectiva. En esta medida el servicio público constituye «el fundamento y el límite del poder de los gobernantes».

El servicio público es un principio de limitación del Estado. El Estado está limitado por razón de los fines que debe cumplir. De esta manera, como ha observado G. VEDEL, DUGUIT contribuye a disipar «los viejos fantasmas de la soberanía ilimitada y de la trascendencia absoluta del poder público».

En su ensayo sobre *Las transformaciones del Derecho Público*, resume el propio L. DUGUIT la valoración del cambio dogmático que propone: se comprende, pues, el sentido y el alcance de la transformación profunda, que se ha realizado en el Derecho Público. No es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, que determinan las relaciones de esta persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus súbditos. El Derecho Público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción. Y respecto de los principios claves de su régimen jurídico, DUGUIT añade: «los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme a la Ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su Ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo».

El otro gran constructor del Derecho Público coetáneo de L. DUGUIT, M. HAURIOU, pasó, según ha estudiado el más meticoloso ana-

**22.**

*La obligación de los gobernantes de organizar servicios públicos.*

lista de su doctrina, L. SFEZ, por una etapa inicial de fuerte defensa del servicio público (de esta etapa procede su conocida definición «un servicio público es una organización creada por una persona administrativa para la satisfacción de una necesidad colectiva»), por una etapa más tibia, y por una aclaración y defensa de sus posiciones en la fase fundamental de su contribución al Derecho Público.

Tal actitud cambiante se corresponde con la propia idea que DUGUIT tenía de HAURIU de quien aquel decía que era el «Bergson de las doctrinas jurídicas».

Todos los hechos sociales se caracterizaban por una complejidad irreductible que impide utilizar fórmulas simples. Frente a las grandes construcciones de DUGUIT están los análisis de HAURIU, siempre apegadas a las notas y comentarios de jurisprudencia, que es donde se pueden establecer las matizaciones. En todo caso, es bien conocido que HAURIU critica que se ponga tanto énfasis en el fin en detrimento de los medios con los que actúa la Administración. Esta es la «herejía del socialismo jurídico». No tiene en cuenta que es el poder público lo que reside en el corazón del Derecho Administrativo. Pero aun siendo capital la noción de poder público, no es nada más que un elemento del Derecho Administrativo. En el prólogo de la undécima edición, aparecida en 1927, de su *Précis de Droit Administratif*, insiste en poner el acento en la complementariedad de la noción de servicio público puesto que asegura la «autolimitación objetiva del poder público».

El preámbulo en cuestión se titula justamente *El poder público y el servicio público*. Analiza en él algunas de las proposiciones de G. JÈZE (a quien HAURIU llama el *enfant terrible* de la Escuela del Servicio Público). Observa que los desarrollos que hace JÈZE de la definición de servicio público elaborada por DUGUIT solo le sirven al discípulo para meterse en un atolladero.

Es en este texto donde expone HAURIU su opinión sobre que la doctrina alemana de la *Herrchaft* y de la *Willensmacht*, para explicar la autolimitación del poder está mal construida porque hace residenciar dicha limitación en una decisión subjetiva de los gobernantes. La autolimitación del poder, como él la propone y resulta de su teoría de la institución, es una autolimitación objetiva. La idea de servicio público es una buena contribución para explicar también la autolimitación objetiva del poder. Esta es la virtud mayor que HAURIU encuentra en dicha doctrina.

La gran construcción teórica del servicio público, que servirá para ofrecer una explicación general de las funciones y la posición del Estado en relación con la sociedad, teorización concluida a propósito

### 23.

Fines y medios  
de la  
Administración  
según HAURIU.

### 24.

Servicio público  
y autolimitación  
objetiva del poder.

de las transformaciones del Estado que se estaban produciendo en los últimos años del siglo XIX y primeros del siglo XX, solo requería, para dominar las grandes sistematizaciones del Derecho Administrativo, pertrecharse de un buen paquete de instituciones y técnicas para explicar con facilidad el régimen jurídico particular de cada uno de los servicios públicos o actividades de prestación que las Administraciones públicas organizaban en beneficio de la sociedad.

La sistematización indicada, en la que trabajan los grandes discípulos de L. DUGUIT (especialmente, G. JÈZE, R. BONNARD y L. ROLAND), no significará, sin embargo, la construcción de un edificio jurídico completamente nuevo. Por el contrario, al primer tercio del siglo XX llegan ya ensayadas y en práctica, para que sea fácil su disección por aquellos grandes entomólogos jurídicos, todas las técnicas de organización y gestión de los servicios públicos: se conocerán ya servicios de titularidad exclusiva de la Administración o mixtos, nacionalizados o municipalizados, gestionados de forma directa por la Administración pública o por los particulares, y, en ambos casos, usando un abanico de fórmulas de actuación que habían venido perfeccionando las Administraciones liberales desde los primeros decenios del siglo XIX.

**25.**

*Sistematización del Derecho de los servicios públicos.*

## II. DEL SERVICIO PÚBLICO AL ESTADO REGULADOR Y GARANTE

### 1. EL DESARROLLO DE LA IDEOLOGÍA DE LA REGULACIÓN

De la ideología del servicio público que acabamos de analizar derivó una radical separación entre el Estado y la sociedad. A aquel se le asignan funciones, de provisión de bienes y servicios a los ciudadanos, que se refieren a la práctica totalidad de las decisiones económicas y sociales. El Estado proveedor de servicios públicos cumple las funciones que el ordenamiento jurídico le asigna, poniendo a punto una compleja organización que se integra, por un lado, por instituciones dependientes directamente de la propia Administración, y, por otro, por organismos dotados de estatutos de relativa separación o autonomía, sometidos bien al Derecho Público, bien al Derecho Privado. Entre estos últimos, las empresas de capital público. También los arrendatarios o concesionarios de servicios que actúan como colaboradores de la Administración en la gestión de los mismos, sin perjuicio de que aquella retenga la titularidad.

**26.**

*La organización administrativa de los servicios públicos.*



Bajo esta configuración de la relación Estado-sociedad, la atención de los intereses generales, de las necesidades de los ciudadanos, corresponde por entero a los poderes públicos. Ellos definen discrecionalmente esos intereses, los evalúan y jerarquizan, aplican los recursos disponibles, atienden a la organización de los servicios y cuidan del cumplimiento eficaz de los programas de actuación.

Las empresas y particulares desarrollan, naturalmente, actividades sociales y económicas. Pero la intervención pública sobre las mismas se enmarca en lo que el Derecho Administrativo tradicional llamó «policía»: la Administración emite órdenes, establece imperativos de toda clase que aplica coactivamente en la medida en que son precisos para evitar que la actividad privada atente contra el orden público o afecte a los intereses generales. Un complejo aparato administrativo sancionador se pone al servicio de estas exigencias.

Las personas naturales o jurídicas compiten, en los sectores en los que actúan, procurando el máximo beneficio. Pero el mercado está apenas regulado. No existe, o tiene muy escasa relevancia práctica, la legislación relativa al mantenimiento de la competencia. En todos aquellos ámbitos ocupados por la acción directa del Estado en los que este ha organizado servicios públicos o interviene como titular y gestor de empresas, no se aplican o derogan las reglas de competencia. Por demás, los organismos y empresas gestoras de servicios públicos tienen reconocidas posiciones privilegiadas en los sectores en que intervienen.

Esta relación del Estado con la economía cambió radicalmente en las dos últimas décadas del siglo xx. Muchas empresas se privatizaron y la mayor parte de los sectores económicos se liberalizaron, abriéndolos a la libre competencia. Se mantuvieron, no obstante, muchos servicios públicos. Los de carácter social sin cambios importantes. Y los de tipo económico con la grandísima novedad de organizarse y operar en los mercados sometidos a la libre competencia. Ello con carácter general. Excepciones han sido posibles para preservar los privilegios cuando han sido imprescindibles para asegurar que los servicios puedan cumplir las misiones de interés general que tienen encomendadas. La privatización de actividades económicas de interés general y su sometimiento a los principios de la libre competencia ha supuesto un cambio radical de modelo. La provisión de bienes y servicios a los ciudadanos, en dichos sectores económicos, no depende ya de los planes de la Administración, de su elección discrecional de las misiones prevalentes que tiene que cumplir el sector público, de sus opciones sobre la aplicación de los recursos públicos, sino del correcto comportamiento de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública.

**27.**

*La policía sobre el sector privado.*

**28.**

*Los cambios de concepciones económicas: el nuevo papel del Estado.*

**29.**

*Empresas privadas y actividades de interés público.*

Al Estado le interesa, en esta situación, asegurar que estas prestaciones en beneficio de los ciudadanos se mantengan. Pero ahora no las ofrece directamente. Las exige a las empresas y tiene que asegurar que las cumplen. Las empresas, por su lado, soportan imposiciones que no se limitan, como antes, a la evitación de comportamientos no dañosos para el interés general sino, en positivo, prestaciones que son irrenunciables para la distribución equitativa de los recursos disponibles y el mantenimiento igualitario del nivel de bienestar alcanzado. El Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewährlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confíen.

**30.**

*Del Estado titular de servicios al Estado garante.*

En este momento se elevó la importancia de la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general.

**31.**

*Objetivos de la función reguladora.*

Si el cambio de posición del Estado en relación con la economía se hizo de todo punto evidente, también lo fue la necesidad de ajustar los viejos paradigmas de intervención. Ese cambio es el que se expresa y concreta en la función pública de regulación.

La novedad es de tanto alcance que una parte influyente de la doctrina alemana ha creído que alrededor de la idea de regulación pueden ordenarse sistemáticamente todas las instituciones que explican las relaciones de la Administración con los ciudadanos, sean económicas o sociales, cualesquiera que sean las formas que revistan. Es decir, explicar el Derecho Administrativo entero.

Esta es, en efecto, la orientación que ha tomado el Derecho Administrativo de nuestro tiempo y en las funciones de regulación y garantía que se reservan a los poderes públicos está la clave del nuevo equilibrio de las relaciones entre el Estado y la sociedad y la delimitación del papel que debe aquel desempeñar en relación con los derechos de los ciudadanos (todos los cuales, como antes se ha explicado, convergiendo seguidamente hacia una disciplina jurídica unitaria, bajo el manto del valor libertad).

**32.**

*El marco conceptual y dogmático unitario que ofrece la regulación.*

La función de regulación puede utilizarse en un sentido amplio, comprensiva de la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad, o en aplicaciones más limitadas, referidas a la ordenación y garantía de los derechos económicos o sociales. Las instituciones y técnicas aplicadas presentan especialidades en los diferentes supuestos, como es fácil comprender, pero mantienen unas características comunes que permiten identificar algunas instituciones o formas organizativas y técnicas de actuación sobre las cuales edificar y definir las notas sustanciales de la concepción en que se basa la regulación.

Junto a algunas técnicas de actuación que nos resultan familiares en nuestra tradición jurídica, se emplean otras que la han renovado sustancialmente. La mayor parte de las innovaciones se han producido en relación con la regulación de las empresas y los mercados. Pero su posible traslación a la actividad pública general es más que evidente.

Permite, además, ordenar todas las instituciones y técnicas de acción pública y las relaciones con la sociedad y los derechos, bajo un marco conceptual único.

Queda por advertir, antes de proceder al examen específico de los instrumentos y técnicas de la acción pública de regulación y garantía, que sería equivocado concluir que los cambios que acabamos de enunciar implican una mayor despreocupación del Estado respecto del contenido y calidad de las prestaciones que reciben los ciudadanos para asegurar la satisfacción de sus necesidades y el nivel de vida. Por el contrario, las actividades de regulación y garantía implican una más intensa actividad de los órganos administrativos competentes en cuanto concierne a la formulación de normas y al ejercicio de vigilancia sobre todos los operadores, económicos o sociales, que desarrollan actividades de utilidad pública en las que los intereses generales y los derechos de los ciudadanos aparecen concernidos. De la intensificación del poder del Estado a través de la regulación, que ha conllevado un rearme de nuevas potestades de carácter discrecional, derivan nuevos retos jurídicos que nos ocupamos de estudiar a lo largo del presente volumen.

## 2. EL ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: PROYECCIONES A OTROS ÁMBITOS DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA

La aparatosa retirada del Estado a la gestión directa de algunos servicios públicos importantes tampoco debe entenderse como una eliminación total de los mismos porque se han mantenido todos los

vinculados a las prerrogativas del poder público y los fundados en criterios sociales y de solidaridad. Por tanto, todas las técnicas e instituciones vinculadas a la organización y funcionamiento de los servicios públicos siguen estando presentes en la actualidad. Lo mismo que, naturalmente, se mantienen vivos los deberes del Estado en todo lo que concierne a la garantía del orden y la seguridad. Debe entenderse, por tanto, que la perspectiva de la regulación domina en la actualidad las relaciones del Estado con la sociedad y ofrece un bagaje dogmático decisivo para explicarlas, pero no ha supuesto la eliminación total de instrumentos de actuación forjados, sobre todo, a lo largo de los dos últimos siglos, aunque su relevancia se haya reducido.

Tampoco puede aceptarse como un axioma que el Estado regulador haya desplazado totalmente al Estado gestor: en verdad, los poderes públicos han abandonado muchas posiciones ganadas como empresarios en diferentes sectores de la economía, en el marco de los arrolladores procesos de liberalización y privatización acontecidos desde las dos últimas décadas del siglo xx, pero ha conservado una importantísima posición como propietario (nada menos que de todo el dominio público y de un patrimonio inmobiliario inmenso), como gestor de empresas industriales (no solo las integradas en la SEPI o en la Dirección General de Patrimonio del Estado, sino las de las Comunidades Autónomas y Entidades locales), y como responsable de prestadores de servicios sociales cuyo peso en la economía nacional es enorme.

Ha de tenerse en cuenta, también, que regular tampoco era una función desconocida antes de que se iniciaran los últimos movimientos de liberalización. El Estado propietario ha usado su propia posición dominante como fórmula para orientar los mercados o para condicionar o interferir su funcionamiento plenamente libre. Sobre todo, nunca ha abandonado la responsabilidad de dictar normas de carácter general, que ordenan la economía, establecen los parámetros de intervención de la Administración y los derechos y obligaciones de los operadores en los mercados.

Pero, hechas las anteriores advertencias, es claro que la función de regulación, desarrollada principalmente en el dominio de la intervención pública en la economía, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha alcanzado en los últimos años una posición central nunca conocida antes. Es diferente por la naturaleza y contenido de las atribuciones que implica, por su régimen y por los órganos que las tienen conferidas. Poco en común, por lo pronto, tiene la función reguladora con el significado que tradicionalmente el Derecho continental

**33.**

*No se ha producido un desplazamiento total de los servicios públicos de autoridad y sociales.*

**34.**

*Concurrencia del Estado regulador y el Estado gestor.*

**35.**

*Singularidad de las potestades regulatorias.*

europeo otorga al concepto regulación, normalmente reservado para la aprobación de normas por el legislador o por la Administración.

**36.**  
*Concepto.*

Partiremos, pues, de una definición de la función que ahora estudiamos para lo que nos valdremos de la propuesta por un sociólogo del Derecho, Ph. SELZNICK, para quien por regulación debe entenderse «un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social».

**37.**  
*Seguimiento continuado de una actividad.*

Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador.

**38.**  
*Fundamentos de la intervención estatal según MUSGRAVE.*

Los teóricos de la Economía han producido una bibliografía amplísima sobre los supuestos en que procede la intervención pública condicionando las actuaciones de los agentes económicos. No es infrecuente que el punto de partida sea la exposición clásica de R. MUSGRAVE sobre las razones que justifican la intervención del Estado en la Economía. Su posición es que el Estado interviene para actuar cuando verifica la incapacidad del mercado para lograr niveles de crecimiento económico y empleo altos y estables (motivo estabilidad), o cuando el mercado no puede dar lugar a distribuciones de la renta y la riqueza acordes con los niveles de equidad socialmente deseados (redistribución como motivo), o cuando se producen asignaciones ineficientes de los recursos entre los posibles usos alternativos (motivo eficiencia).

Entre estos motivos, el último es el que más pone en evidencia el problema de que los mercados libres no siempre toman decisiones óptimas. Establecido lo cual, los economistas se han ocupado de evaluar las causas determinantes de la regulación. Sus posiciones fundamentales pueden ordenarse del modo siguiente:

a) Entre las actividades que son de interés de la sociedad, cuentan en primer lugar lo que los economistas llaman bienes públicos y funciones públicas, que, en el lenguaje habitual de los textos constitucionales, conciernen a la organización y funcionamiento de poderes estatales como la justicia, la hacienda pública, la defensa o la policía, o de la realización de grandes infraestructuras públicas. Todas estas actividades se consideran funciones públicas por naturaleza porque supo-

**39.**  
*Funciones públicas por naturaleza.*

nen el ejercicio de autoridad e implican la reserva de poderes coactivos que pueden ponerse a contribución del mantenimiento del orden y la seguridad. Considerando su naturaleza, se trata de actividades que son insusceptibles de comercio: no puede cobrarse por su consumo. En tanto que benefician a toda la colectividad, tienen que financiarse con cargo al presupuesto público y organizarse desde el Estado. La intervención pública es, por tanto, la mejor manera de asegurar el suministro suficiente de bienes públicos. Lo que la política económica tendrá que decidir es cuál es la cuantía óptima de esta clase de bienes y cómo se repercuten los costes.

b) Existen algunos servicios de carácter económico, como la energía, las comunicaciones y transportes, o servicios públicos de carácter social como la educación, la sanidad o la seguridad social, que se prestan en razón a la demanda y que pueden justificar una financiación pública, total o parcial. Esta clase de servicios se pueden ordenar sobre la base de la titularidad y la prestación privada, por lo que están abiertos a la propiedad privada y a la libre empresa. También se puede justificar la financiación pública parcial. Tratándose de servicios necesarios para la seguridad, la calidad de vida o la cohesión social, y estar implicados los intereses públicos en la garantía de su existencia y niveles de prestación, se justifica una regulación intensa de los mismos.

Los monopolios naturales se han considerado otra de las justificaciones clásicas de la regulación económica de servicios públicos. La teoría se ha aplicado especialmente a los servicios de redes. Se trata de infraestructuras que sería antieconómico o ineficiente duplicar. Ante la existencia de monopolios naturales, se puede decidir o la nacionalización de las empresas para asegurar la neutralidad y transparencia en la prestación de los servicios que necesitan esa infraestructura o el otorgamiento de derechos de exclusividad a compañías, públicas o privadas, pero regulando la utilización de las mismas y la prestación de servicios a efectos de introducir competencia.

c) La teoría más clásica que se ha manejado para fundamentar la regulación es la de la competencia imperfecta. Frente a la creencia de que el mercado puede por sí mismo ordenar los intereses de todos los operadores y los consumidores, establecer equilibrios perfectos entre la oferta y la demanda, la doctrina a que me refiero parte de la inexistencia de una competencia perfecta; por el contrario, lo normal son las imperfecciones y los fallos del mercado. Para corregirlos se justifica la regulación. El defecto que han achacado a esta doctrina algunas escuelas de economistas, como la austríaca o la de Chicago, es que

**40.**

*Servicios vinculados a la seguridad, calidad de vida o cohesión social.*

**41.**

*Monopolios.*

**42.**

*Competencia imperfecta.*

nadie asegura que la intervención de los Gobiernos vaya a tener más éxito que el mercado, lo que exigiría evaluar los fallos del regulador.

d) La eliminación de conductas anticompetitivas, es decir, la imposición del Derecho de la competencia en los mercados, es también una justificación de la regulación, especialmente cuando se trata de sectores liberalizados recientemente, en los que es posible que los operadores dominantes desarrollen todo tipo de actividades para ocupar los mercados secundarios e impedir el acceso de operadores entrantes. En la proximidad de estas justificaciones regulatorias está también la doctrina de los costes de información y transacción. Los operadores tienen dificultades para llegar a acuerdos de colaboración y cooperación por carecer de información suficiente sobre las condiciones personales de la otra parte con la que negocian, las condiciones de sus productos o las calidades de sus servicios. Este defecto de información igualmente es más intenso en los mercados recientemente abiertos a la competencia. La regulación buscará en estos casos reducir los costes de información y facilitará, de esta manera, las transacciones y la coordinación y cooperación entre operadores.

**43.**  
*Eliminación  
de conductas  
anticompetitivas.*

Un problema semejante es el de la información imperfecta, que también apela a una intervención regulatoria. Existe información asimétrica cuando los agentes que intervienen en una transacción tienen más información que otros (los consumidores no identifican cuándo un precio bajo de un producto tiene alta calidad; las empresas con poder de mercado pueden confundir a los consumidores con información equivocada; el acceso a la información es costoso, etc.). La regulación puede imponer correcciones como las garantías y certificaciones de calidad, la publicidad, etc.

**44.**  
*Información  
imperfecta.*

e) Otra serie de argumentos esenciales para justificar la regulación los han aportado las doctrinas económicas que han puesto énfasis sobre la necesidad de racionalización y coordinación en algunos mercados que es imposible que se desarrollen sin una previa estandarización de los bienes o productos que son objeto de transacción. Asimismo, el estudio de las externalidades, que dan lugar a disminuciones e incrementos de la utilidad de los productos para los consumidores o a disminuciones e incrementos de los costes para las empresas. Pueden ser externalidades perjudiciales o beneficiosas (por ejemplo, la contaminación es una externalidad negativa porque impone a la sociedad gastos no compensados; la educación es una externalidad positiva). Desde PIGOU se ha justificado la regulación para corregir las externalidades negativas. COASE ha puesto en cuestión que el mercado no pueda solucionar por sí mismo estos efectos sin intervención pública.

**45.**  
*Externalidades.*

También se ha aducido, para justificar la regulación, la existencia de mercados incompletos, es decir, incapaces de suministrar un bien o servicio a pesar de que el coste del suministro sería inferior al que los individuos están dispuestos a pagar. En fin, para concluir con la relación de justificaciones de la regulación, que la teoría económica siempre ha considerado abierta, pueden citarse los problemas de la selección adversa y el riesgo moral. Ocurre la primera cuando los compradores de un servicio tienden a imponer al proveedor costes superiores a los normales, o cuando los vendedores pueden excluir a los clientes más costosos. El riesgo moral se refiere a los supuestos en que personas aseguradas encuentran incentivos para provocar o dejar que se produzca el hecho cubierto por el seguro.

Por alguno de los motivos indicados puede justificarse la regulación. Cuando interviene el poder público sobre los mercados, la siguiente cuestión que inmediatamente se preguntan las doctrinas económicas es cuál es el fin que persiguen o el interés que pretenden proteger.

La respuesta más obvia la ofrece la teoría del interés público: la regulación persigue intereses públicos en beneficio de la colectividad. Sin embargo, esta presunción se ha debido enfrentar con las críticas derivadas de la dificultad de definir qué es el interés general en algunas políticas concretas, y la supuesta neutralidad y solvencia técnica de los reguladores (esto último porque a veces se ha observado la falta de experiencia o de eficiencia, o se ha producido el fenómeno de la captura de los reguladores por grupos de interés). La seguridad de que el mercado tiene fallos sirve para justificar la intervención pública. Pero es igualmente evidente que el Gobierno incurre en fallos serios, algunas veces debidos a la falta de información de los reguladores, y otras a la mencionada circunstancia de su captura por los grupos de interés (A. F. HAYEK).

La teoría de los fallos del Gobierno ha permitido el desarrollo de las denominadas «teorías del interés privado». Tratan de cómo es mejor la iniciativa privada y de los dudosos beneficios de la intervención pública en la economía. Según los postulados de la Teoría de la Regulación de la Escuela de Chicago, la regulación es la respuesta de los reguladores a las demandas de los grupos de interés. Estos, como explica STIGLITZ, pueden convencer al Gobierno para que ejerza sus potestades en su beneficio; la regulación sería entonces la respuesta a la demanda de aquellos grupos, para maximizar su beneficio. La Escuela de Chicago ha criticado no solo la existencia de empresas públicas, sino también la amplitud de la regulación: esta no siempre persigue intereses gene-

**46.***Mercados incompletos.***47.***Teoría del interés público.***48.***Teoría del interés privado.*



rales; el comportamiento de los reguladores está a veces motivado por su deseo de permanecer en el poder. Los grupos de interés compiten ofreciendo apoyo político a cambio de una regulación favorable: el resultado es que la regulación está basada en el beneficio de los grupos de interés mejor organizados y que vayan a obtener mejor ganancia de la regulación.

**49.**

Public choice.

En las proximidades de estas teorías está la de la «elección pública» (*public choice*) que supone que los verdaderos protagonistas de la acción de gobierno son los burócratas que persiguen su propio interés por encima de cualquier otra consideración. Si no se corrige ese interés, la oferta de servicios públicos tenderá a incrementarse y ser excesiva, aunque ineficiente porque los burócratas gestionarán un presupuesto más grande y sacarán de ello ventajas políticas o materiales (DOWNS, BUCHANAN, STIEGLER, OLSON y NISKANEN).

Otra teoría relevante es la de los costes de transición, cuyo concepto aparece en R. COASE, o la doctrina de los derechos de propiedad, que supone que los servicios pueden proveerse por la Administración sin necesidad de que los produzca directamente, etc.

En definitiva, entre los problemas que la regulación debe resolver, S. BREYER y R. STEWART hicieron una relación no superada:

**50.**

Controlar el poder de los monopolios.

1.º La necesidad de controlar el poder de los monopolios. Especialmente en el caso de los monopolios naturales. Monopolios de este tipo son inevitables en la organización de algunos mercados, y se dan siempre que, debido a razones de economías de escala, o de economías de alcance, es menos costoso para una empresa producir un producto en un mercado definido, que para dos o más compañías. En estas situaciones solo una puede sobrevivir. La eficiencia económica obliga a que no se desperdicien recursos, que no se infrutilicen, y al mismo tiempo que se genere la máxima competencia posible. La existencia de un monopolio de conducción de gas o de agua o de electricidad o de vías férreas, supone permitir que una sola compañía gestione estas infraestructuras. Pero no debe impedir que exista una regulación que evite el abuso del monopolio y que permita que las infraestructuras sean utilizadas para prestar servicios en competencia por todos aquellos que estén interesados.

Situaciones semejantes a estas se producen también en todos los casos en que el número de operadores posibles en un mercado determinado es limitado, por razones de orden técnico, económico o de interés general.

2.º La necesidad de controlar los beneficios inesperados resultantes de cambios súbitos en algunos precios. Ocurre cuando se produce un incremento no previsto de determinados precios que pueden favorecer de modo desmesurado a los que tienen grandes reservas de un producto determinado. Se suelen citar los ejemplos de la acumulación de petróleo cuando se producen subidas súbitas de los precios por los países productores, o los beneficios generados por un cambio radical de precios en algunos productos de importación.

**51.**  
*Control de beneficios inesperados.*

3.º La corrección del incremento de los costes. Las medidas reguladoras tienden a compensar el hecho de que el precio de algunos productos no refleje el mayor coste en su producción que se ha impuesto a las empresas. Estos mayores costes pueden venir referidos a «externalidades», como son las imposiciones que para la fabricación de algunos productos se derivan de las normas contra la contaminación.

**52.**  
*Incrementos de costes.*

4.º La compensación de la información inadecuada: la información es una base fundamental para adoptar las decisiones de consumo. En las grandes empresas no siempre se ofrece la información suficiente. La regulación pretende corregir este déficit: se incluyen las relativas a la calidad, las garantías frente a productos defectuosos, información sobre precios, etc.

**53.**  
*Información.*

5.º La necesidad de evitar la excesiva competencia. A veces la competencia se desarrolla en términos «excesivos», «destructivos» o «desleales» («*excessive*», «*destructive*», «*unfair*»). En supuestos en que compiten muchas compañías en un mercado determinado, cuando es seguro que las circunstancias económicas en dicho mercado no permiten el sostenimiento sino de un número limitado (suelen referirse los ejemplos de las compañías de transporte marítimo y aéreo) la intervención debe consistir en una regulación adecuada del mercado que permita la supervivencia del número de empresas idóneo.

**54.**  
*Competencia excesiva.*

### 3. REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EN EL CONJUNTO DE RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD

El Libro Blanco sobre Servicios de interés general que publicó la Comisión Europea el 12 de mayo de 2004, desarrollado con la importante Comunicación de 26 de abril de 2006, llamó la atención sobre la necesidad de un planteamiento sistemático con vistas a la determinación y el reconocimiento de las características específicas de los servicios sociales y sanitarios de interés general. Entre otros extremos que interesan menos en este momento, se indica en estos documentos

**55.**  
*Valoraciones de la Comisión Europea.*

que los procesos de modernización de tales servicios para afrontar mejor las tensiones entre universalidad, calidad y viabilidad han determinado la «externalización de las áreas del sector público hacia el sector privado, con unas autoridades públicas que pasan a ser reguladoras, guardianas de una «competencia regulada» y de una buena organización a escala nacional, local o regional». La regulación y la autorregulación se convierten, por tanto, también en los sectores sociales, en instituciones tendencialmente dominantes para la garantía de la satisfacción de los intereses generales en el ámbito de los sectores sociales.

A pesar de que suele subrayarse el carácter novedoso del recurso a la autorregulación, en términos estrictos tampoco puede decirse que sea un fenómeno completamente nuevo. Reglamentaciones o normas estatutarias originadas en el sector privado con una función de ordenación reconocida, tanto por los agentes privados como por los poderes públicos, son identificables en el Derecho Público occidental, sin solución de continuidad, durante todo el período constitucional. Los ejemplos clásicos son los estatutos y reglamentaciones aprobados por Corporaciones de Derecho Público, el ejercicio por estas de funciones públicas de carácter ejecutivo; asimismo, el desempeño por profesiones privadas de algunas tareas de carácter público, o la organización de mercados enteros o de actividades de ejecución con gran autonomía normativa y ejecutiva por corporaciones y empresas privadas: valga la mención, en cuanto a lo primero, de la organización del mercado de la electricidad, y, en cuanto a lo segundo, la gestión de los aprovechamientos del agua a través de las comunidades de usuarios, o la ejecución del planeamiento urbanístico por medio de juntas de compensación, con grandes poderes ejecutivos.

La doctrina tradicional había agrupado todos estos supuestos en la figura de la delegación de funciones públicas o en el ejercicio privado de funciones públicas.

La eclosión de la autorregulación al final del siglo xx y durante los primeros años del siglo xxi se alimenta, sin duda, de técnicas emparentadas con algunas fórmulas tradicionales de participación individual o colectiva en el ejercicio de tareas públicas, pero tiene, sin embargo, otras connotaciones que la singularizan dotándola de rasgos completamente nuevos.

En primer lugar, es visible, en el indicado período de tiempo, el crecimiento de la significación de la autorregulación. Se ha salido, en efecto, de aquellos sectores que tradicionalmente habían conocido

## 56.

*Tradición  
de algunas formas  
de autorregulación:  
ejemplos.*

técnicas de autoadministración o de gestión administrativa por los particulares para extenderse a la seguridad, la calidad industrial, el medio ambiente, el mercado de valores, el mercado de la electricidad, algunos aspectos de la actividad publicitaria, la comunicación (a través de medios audiovisuales clásicos o por internet), etc. Podría decirse que en los mercados emergentes el Estado está prefiriendo que la regulación sea la que surge desde el propio mercado, mediante el consenso entre los operadores o por aplicación de las mejores prácticas o técnicas depuradas a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, se ha producido una aceleradísima innovación en lo relativo a la organización de la autorregulación y a las técnicas de que se vale. En cuanto a lo primero, se han establecido organismos de base privada, con participación de los interesados y, a veces, de las propias Administraciones públicas, que, a escala mundial, europea, estatal o regional, han asumido la elaboración de normas y especificaciones técnicas a las que se reconoce un valor decisivo en los procesos de fabricación y comercialización de productos, en la protección de la calidad ambiental o en la ordenación de determinados mercados. De otro lado, por lo que respecta a las técnicas, las tradicionales intervenciones administrativas conducentes a la homologación, verificación, control o autorización de actividades, han sido parcialmente sustituidas por certificaciones, auditorías, declaraciones, informes o valoraciones hechas por organizaciones privadas que actúan en el marco de las reglamentaciones, también de base privada, a las que antes nos referíamos. El inicio de una actividad económica puede depender ahora, en muchas ocasiones, de la expedición de una simple autocertificación por el propio operador relativa al cumplimiento de las condiciones de la reglamentación aplicable, verificada por una entidad privada especializada en auditar tal adecuación.

En tercer lugar, frente a algunas formas de autorregulación conocidas en el Derecho Administrativo tradicional, justificadas, según las exposiciones doctrinales y jurisprudenciales más asentadas, en virtud de las encomiendas o delegaciones de facultades o funciones públicas hechas por las Administraciones competentes a favor de sujetos privados, las manifestaciones más genuinas de la autorregulación en la actualidad emergen de la sociedad, que reclama su protagonismo para definir las condiciones que deben servir para el desarrollo de una actividad o la comercialización de un producto. La existencia de estas iniciativas autorregulatorias no depende de una encomienda de tareas hecha por una Administración pública, eventualmente desbordada por una acumulación de responsabilidades que desea descentralizar, sino

**57.**

*Crecimiento de las manifestaciones de la autorregulación.*

**58.**

*Diversificación de las técnicas de autorregulación.*

**59.**

*Superación de las explicaciones tradicionales respecto de su régimen jurídico.*

que surgen, sin tal encargo, directamente de los sectores interesados. Son los operadores de estos mercados los que normativizan sus prácticas y definen los métodos, los programas y las reglas a que quiera atenerse. Estas reglamentaciones no precisan el respaldo de los poderes públicos para que los operadores las asuman voluntariamente, las apliquen y, por tanto, tengan un gran papel en la ordenación de cada mercado.

En cuarto lugar, pese a la independencia de origen que pueden tener todas las normas y decisiones que se producen en el marco de procesos autorregulatorios, es innegable que una característica marcada de la autorregulación en la actualidad es su acogimiento por los poderes públicos, la recepción de las regulaciones de base privada por reglamentaciones públicas, operación que dota a aquellas de una fuerza vinculante de la que carecían inicialmente, y transforma la regla privada en una norma pública de obligado acatamiento.

Resulta, pues, que la Administración pública no toma la iniciativa de reglamentar y de aplicar las normas, sino que se retrae y abre esos espacios a los organismos y corporaciones de base privada. A veces se conforma con lo que ellos decidan y resuelvan y abandona el mercado a sus decisiones que le parecen suficientes. Otras, las más seguramente, se vale de la fuerza creativa y ordenadora de aquellas instituciones privadas, sometiendo su uso a algunas reglas y procedimientos que, al observarse por los privados, transforman sus decisiones en públicas y las dotan de la fuerza de obligar propia de las decisiones de los poderes públicos.

Puede decirse que esta concepción nueva de cómo deben cuidarse los intereses públicos implica un cambio de papeles importante entre las Administraciones públicas y la sociedad, o las corporaciones y agrupaciones de empresas u organismos de base privada establecidos en cada sector. Aquellas abandonan la tarea de reglamentar dejándola en manos de organismos privados: son estos los que deben identificar las mejores soluciones, las técnicas más adecuadas, la tecnología más avanzada, los criterios de protección de los intereses comunes más seguros. Igualmente, abandonan la función aplicativa de estas reglamentaciones, no mantienen el viejo rigor de las autorizaciones, homologaciones, verificaciones y controles administrativos, cruzados en el marco de expedientes extraordinariamente complejos, sino que dejan a las organizaciones privadas y a los propios operadores para que cumplieren esta tarea aplicativa de las normas.

#### 60.

*Recepción pública de las reglamentaciones de origen privado.*

#### 61.

*Cambio de relaciones entre Administración y sociedad.*

El Estado retrocede y abre nuevos espacios a la actuación de las organizaciones de base privada. Lo hace, sin embargo, procurando que esta acción privada sea complementaria y, desde luego, conducida hacia objetivos de interés público, aunque al mismo tiempo satisfagan aspiraciones legítimas relativas al mejor desarrollo de actividades privadas. El gran hallazgo de la autorregulación, tal y como se está imponiendo en nuestro tiempo, es que no implica una fractura entre el Estado y la sociedad, no supone la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los privados, para, inmediatamente, aprovecharse de ello, recogerlo y ordenarlo haciendo que los intereses privados y los públicos confluyan. Esta operación se lleva a término canalizando la autorregulación, fijándole ámbitos, misiones y procedimientos. Se hace esto mediante la regulación pública de la autorregulación. Este sencillo expediente impide que la emergencia de la sociedad civil y el ímpetu de los mercados libres conduzca a una separación del Estado: por el contrario, facilita una nueva integración dejando a ambas instancias un protagonismo razonable y suficiente.

No siempre, como veremos, tal reintegración puede ser plena, pero la mecánica general del fenómeno que analizamos puede resumirse en lo dicho.

Existen, no obstante, un buen número de razones que justifican este nuevo protagonismo de las organizaciones sociales. Sintetizaremos ahora algunas de las más destacadas:

1.º Estamos ante una constelación de crisis ideológicas y técnicas que afectan a las formas de legitimación y actuación tradicionales de las Administraciones públicas. En cuanto a lo primero: hasta hace no muchos años parecía suficiente la legitimación que la Administración derivaba de la legalidad, a la que estaba sometida y servía. Las Administraciones públicas son organizaciones al servicio de los intereses generales. Estos se condensan en las opciones y definiciones que llevan a cabo las leyes. Y son las leyes, en fin, las que habilitan a las Administraciones públicas de los poderes necesarios para actuar y les señalan los fines que deben perseguir. La organización administrativa y sus actuaciones se conectan, conforme a este sencillo expediente, y a través de la ley, con el depositario de la soberanía que resulta ser, al fin, la fuente de legitimación de toda su actuación.

Esta concepción estricta de la legalidad reduce la participación ciudadana al momento de las elecciones y, en puridad, no abre cauces

**62.**

*Regulación  
de la  
autorregulación.*

**63.**

*Crisis de la  
legitimación  
tradicional de  
las Admi-  
nistraciones  
públicas.*

para intervenciones distintas cuando se elaboran o ejecutan cada una de las políticas que los poderes públicos desarrollan en los diferentes sectores sociales o económicos.

Sin embargo, estas formas de legitimación tradicionales hace tiempo que vienen dando muestras de decrepitud. La complejidad creciente de las relaciones económicas y la presencia cada vez más reiterada de los poderes públicos en las actividades sociales, ha impuesto a aquellos una actuación continuada, la adopción de decisiones especializadas y la atención de problemas muy específicos que afectan a organizaciones privadas y grupos sociales que han mostrado un deseo creciente de participar en la formación y ejecución de tales decisiones. Estas no pueden formarse, en la actualidad, solo a partir de la ley, sino abriendo también la participación a los interesados que ya no se conforman con la legitimación con que cubrieron a la Administración cuando ejercieron su derecho de voto. La intervención social que se reclama no queda reducida a los momentos electorales, sino que ha de ser continua y referida no solo a la formación de las leyes sino también de las demás decisiones públicas y su aplicación.

Por lo que concierne a los modos de actuación, de igual manera la Administración, que quedaba investida por la ley de poderes que le permitía mandar e imponerse, ha ido cambiando sus prácticas, sobre todo cuando ha de regular la economía o las actividades sociales, para buscar el consentimiento y el apoyo de los ciudadanos en cada una de estas políticas.

Con toda evidencia, la autorregulación ofrece una respuesta general muy ajustada a estas clases de problemas. El Estado desocupa zonas enteras de la actividad económica y las deja abiertas a su regulación por organizaciones y corporaciones de base privada. En ocasiones esta retirada del Estado implica la plena entrega a las fuerzas sociales de la ordenación del sector. Otras, sin embargo, terminan justificando esa misma regulación privada por el procedimiento, ya indicado, de respaldarlo desde normas públicas y otorgarle así vigor y fuerza de obligar generales.

2.º El creciente recurso a la autorregulación es, por otro lado, una manifestación evidente de la acumulación de poder de las grandes corporaciones. Dominan estas sectores enteros (telecomunicaciones, audiovisual, energía, etc.) y se sitúan en mercados universalizados, que superan las fronteras que contienen el poder soberano de los Estados.

El mundo competitivo reclama una presencia mínima de las regulaciones públicas. Lo que postulan también las grandes corporaciones,

## 64.

Participación de los  
ciudadanos.

que operan a escala mundial, es que las normas públicas que regulan cada sector sean las menos posibles. Al mismo tiempo, que el ámbito territorial en el que se apliquen las mismas normas sea mientras más amplio mejor. La diversidad de normas, su fragmentación, sobre todo cuando imponen requisitos diferentes para la producción o la comercialización de bienes, repercute en la libre circulación y perturba la apertura de los mercados, su ensanchamiento.

Una forma de atender este deseo de los grandes grupos empresariales de contar con pocas normas reguladoras y que tengan vigencia en el espacio más amplio que sea posible es elevar la responsabilidad de dictarlas hasta las instancias que tengan una competencia territorial más amplia. Así se intentó en la Comunidad Europea, en una primera época, con la aprobación de directivas de armonización que establecieron requisitos comunes en materia de características técnicas, de seguridad y calidad de los productos, que facilitarían su libre circulación, rompiendo con los particularismos de las regulaciones estatales preexistentes. En Estados Unidos, la misma preocupación llevó durante algún tiempo a postular la centralización de las regulaciones trasladando la competencia habitual de los Estados hacia la Federación. Se ejercía así una especie de «federalismo preventivo» (ELLIOTT, ACKERMAN y MILLÁN) cuya virtud radicaría en la fijación de estándares más generales, estables y de más universal aplicación.

Pero en estas dos grandes áreas, y especialmente en la europea, esa política de la reducción de la reglamentación y de implantación de normas generales de procedencia pública, fracasó enseguida y hubo de ser sustituida por otra que utilizaba masivamente el recurso a la autorregulación. La idea era igualmente reduccionista. Pero partía de la convicción de que los legisladores, comunitarios o estatales, embutidos en procedimientos de actuación demasiado formales, y con espacios territoriales excesivamente estrechos, eran incapaces de sustituir con eficacia la capacidad de fijación de normas y estándares técnicos —en relación con cualquier sector— que tendrían las organizaciones privadas. Los problemas de dimensión territorial, tan encorsetantes para los Estados, no tienen por qué afectar a dichas instituciones privadas.

Al mismo tiempo que la Comunidad y los Estados, por las razones explicadas, hacían estas cesiones a favor de la autorregulación hubieron de establecer también controles sobre la misma. Puede decirse que no aceptaron que la economía se rigiera solamente por las normas dictadas por el imperio o la influencia de las grandes corporaciones y sometieron los procedimientos y el desarrollo de la autorregulación a

**65.**

*Reducción de las regulaciones públicas.*

**66.**

*Carácter global de los intereses de las grandes corporaciones.*



lo establecido en normas de Derecho Público: la autorregulación quedó así regulada.

3.º También debe mucho el gran desarrollo reciente de la autorregulación al hecho de que se haya roto el régimen monopolístico y centralizado de producción de las normas, de creación del Derecho. En el seno de los Estados esta circunstancia es visible no solo por los procesos de descentralización, que se han generalizado en toda Europa, sino también porque junto al poder normativo de los poderes públicos han emergido multitud de organizaciones sociales que elaboran normas que usan y aplican voluntariamente para regular de forma particular sus intereses. Aunque no sean normas imperativas, tienen un valor regulatorio de facto inmenso porque quien no se atiene a ellas (v.gr., normas de calidad de producción, de protección medioambiental, etiquetas verdes, etc.) corre el riesgo de ser arrojado fuera de los mercados o, desde luego, como mínimo, de tener que competir en condiciones de absoluta inferioridad. Regulación pública y regulación privada se entremezclan, confluyendo, además, en círculos territoriales que van desde el espacio local al global.

Un magnífico ejemplo de la versatilidad y complementariedad de la regulación y las técnicas autorregulatorias se ha presentado cuando ha tenido que aplicarse en un espacio territorial más amplio que el de un solo Estado, reglas con el mismo contenido, pero establecidas mediante instrumentos normativos que en algunos Estados son de Derecho Público y en otros procedentes de organizaciones privadas autorreguladoras. La protección de datos de carácter personal es el mejor ejemplo de lo que queremos explicar.

La normativa europea en la materia, que está incorporada en los ordenamientos de todos los Estados miembros de la Comunidad, se contiene en la Directiva 95/96/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Estas Directivas, y las leyes y reglamentos que las han incorporado en los Estados miembros, son normas procedentes de los poderes públicos.

La protección de los datos personales que estas disposiciones ofrecen es suficiente en los ámbitos territoriales en los que son de aplicación. Pero la Directiva 95/96 ya advertía de que «los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional», de modo que dejó abierta la posibilidad de

### 67.

*Ruptura del centralismo en la producción normativa.*

### 68.

*Concurrencia de regulaciones públicas y autorregulación.*

### 69.

*El ejemplo del control de datos.*

que los datos se transfirieran a terceros países siempre que estos garanticen «un marco de protección adecuado».

La transferencia de datos desde Estados europeos a Estados Unidos también plantea la misma exigencia, agudizada por la circunstancia de que en este país no existe una regulación pública de la protección de datos sino que la materia está sometida a la autorregulación de las empresas afectadas. No obstante, esta diferencia de regímenes regulatorios, la Unión Europea y los Estados Unidos pudieron concluir en 2000 un acuerdo denominado de «puerto seguro» que habilita fórmulas para que se considere que la autorregulación americana ofrece «un nivel de protección adecuado» y equivalente a la regulación europea. La mecánica del acuerdo consistió en que el Ministerio de Comercio norteamericano elaborase una lista de empresas que se adhirieran a un conjunto de reglas de protección de datos que ofreciesen una protección «apropiada». Las empresas interesadas deben autocertificar su adhesión y respeto a los principios de «puerto seguro», notificando la autocertificación al Departamento Federal de Comercio. También son las propias empresas las que evalúan el grado de cumplimiento de sus compromisos. Este ambiente plenamente autorregulador solo se abre a la intervención pública por la vía de las sanciones que pueden imponerse por la Agencia federal correspondiente.

La adhesión al sistema es voluntaria, resulta innecesaria así una regulación general y pública de carácter imperativo, pero ello es más que suficiente para que los datos de las empresas europeas gocen en América de una protección equivalente a la que las normas públicas, de general aplicación, existentes en Europa, dispensan. Los ciudadanos sabrán también que sus datos, aunque se transfieran, están protegidos por reglas igualmente garantizadoras.

4.º Una explicación algo más elemental del gran desarrollo de la autorregulación a partir de las décadas finales del siglo xx, pero seguramente mucho más decisiva, es la creciente complejidad económica y técnica de las materias que reclaman la atención de las Administraciones públicas.

Es espectacular y enormemente significativo el cambio de orientación que estas nuevas circunstancias técnicas y económicas han impuesto en el papel de las Administraciones públicas. A finales del siglo xviii, los mejores ilustrados se quejaban de la falta de pericia y especialización que se aplicaba a la realización de las obras públicas, lo que generaba muchos derroches e ineficiencias. Desde primeros del siglo xix el empeño por dotar a la Administración de buenos técnicos que se ocu-

70.

«Puerto seguro».

71.

Complejidad económica y técnica de la regulación en algunos sectores.

pasen de los proyectos y de ejecutar las grandes obras en que se empeña la nueva Administración de «fomento», concluyen en la creación de Escuelas en las que se van a formar los futuros miembros de los brillantes cuerpos de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, de Minas, y otros altos funcionarios especializados al servicio de la Administración.

La técnica la poseía entonces la Administración, frente al desvalimiento de la sociedad civil; los métodos para la mejor intervención en la economía, las infraestructuras, los servicios financieros o la explotación de los recursos, se concentró en la Administración.

La complejidad de las nuevas relaciones económicas, la cesión de toda la iniciativa del desarrollo tecnológico a las grandes corporaciones con presencia mundial, la rapidez en el cambio de métodos y sistemas, la vertiginosa innovación, la competencia que se desarrolla ahora en escalas territoriales que superan el ámbito del poder de los Estados, han determinado un cambio radical en la detentación del dominio sobre los procesos económicos complejos y, sobre todo, sobre las nuevas tecnologías.

De esta manera, el Estado queda compelido a buscar la colaboración de las corporaciones y organizaciones privadas, cuyas regulaciones propias alienta como las mejores posibles. Incluso, la mayoría de las veces, para asumir sus propuestas mediante normas públicas que acogen las autorregulaciones y les dan la fuerza obligatoria que, en principio, no tienen. Este radical cambio de tendencia se explica, como he dicho, por las carencias actuales de la Administración. Pero esta presión de la necesidad también se acompaña de toda la fuerza emergente que la sociedad civil presenta frente al Estado y, al final, el hecho rotundo y manifiesto de que la ampliación del ámbito de actuación de aquella se haya producido a base de ganar progresivamente la confianza de los poderes públicos en la eficacia de esos nuevos métodos regulatorios y en la descarga de obligaciones y responsabilidades que ofrecen al Estado.

Es de notar que en la inmensa mayoría de los casos, el paso atrás del Estado que venimos explicando no redundaba en una reducción ni de las exigencias ni de las garantías exigidas a las empresas. Bien al contrario, el recurso a la autorregulación multiplica el pormenor, la meticulosidad de los requerimientos técnicos, de seguridad, ambientales, etc., que se imponen a un operador. Como ha dicho bien J. ESTEVE PARDO, hasta recientemente las autorizaciones de actividad tenían en cuenta casi exclusivamente el dato del emplazamiento de las indus-

**72.**

*El dominio de las nuevas tecnologías.*

trias. Ahora se imponen multitud de requerimientos que afectan no solo al emplazamiento sino a la totalidad del proceso productivo. Se imponen reglas procedentes de la codificación de las mejores técnicas aplicadas en esos procesos, decantadas en una práctica que solo los operadores en esos mercados poseen. La autorregulación permite poner a disposición de la disciplina de la seguridad y la calidad, técnicas que el regulador público no había establecido porque no estaban en su dominio.

5.º Por último, en este compendio de las razones básicas del desarrollo de la autorregulación, ha de incluirse la mayor preocupación por la autogestión de los riesgos que generan las actividades productivas, y la más decidida asunción de las responsabilidades que se derivan de la producción de tales riesgos. Hasta recientemente la vigilancia sobre los riesgos se trasladaba al Estado, que tenía que tener organizado un complejo sistema de inspecciones y controles. La responsabilidad también se asignaba frecuentemente al Estado convirtiéndose muchas veces la institución de la responsabilidad objetiva (que se aplica a las lesiones causadas por la actividad de las Administraciones públicas) en un gran sistema de aseguramiento de riesgos.

La autorregulación maneja un conjunto muy abundante de herramientas dirigidas a la autogestión de los riesgos que genera la actividad industrial: las normas técnicas en materia de seguridad, la remisión al otorgar autorizaciones a la mejor tecnología disponible, que obliga siempre al propio operador a la identificación de la tecnología más eficaz para obtener los fines propuestos en la regulación a la que tiene que someterse; las ecoauditorías y el autocontrol de riesgos en materia medioambiental, etc., son otras tantas fórmulas innovadoras que imponen una gestión directa por parte del sector privado de los riesgos que genera.

Por lo que concierne a la responsabilidad, la precisión con la que se regulan las exigencias técnicas, de calidad, medioambientales, incluso éticas, a las que tienen que someterse las actividades autorreguladas, permite fijar mejor en qué medida los daños causados son imputables a una determinada actividad. Las autorregulaciones permiten establecer presunciones de causalidad y, frente a ellas, también la liberalización de la carga de tener que demostrar la propia falta de responsabilidad, permitiendo establecer presunciones negativas en todos los casos en que el operador se ha atenido estrictamente a los parámetros de la normativa que le es aplicable.

**73.**  
*Autogestión  
de riesgos.*

#### 4. REGULACIÓN Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL SECTOR SOCIAL

##### A) El desarrollo exponencial del denominado tercer sector

**74.**  
*La acción pública en los sectores sociales: principios tradicionales.*

Hasta los años finales del siglo xx se ha mantenido, en casi toda Europa, una mecánica de aplicación de la legislación en materia social, similar a la utilizada para hacer efectivas las regulaciones en materia de policía o de control de actividades de cualquier clase. El legislador establece el marco general, la Administración es habilitada a veces para complementarlo mediante normas reglamentarias y, desde luego, es la organización administrativa la que asume la titularidad de la tarea de ejecución de las disposiciones normativas y de la gestión de los servicios que se establecen en aplicación de las mismas.

Este esquema ha sido parcialmente desarbolado, especialmente en las áreas donde se han hecho presentes, cada vez con más fuerza, organizaciones y empresas de base privada que bien contribuyen de modo voluntario a la satisfacción de necesidades sociales, o bien reciben el encargo forzoso del legislador de complementar o sustituir la acción de la organización administrativa pública.

En lo que concierne al área social, a la que nos referiremos ahora específicamente, la presencia de organizaciones privadas cooperando en el desarrollo de funciones públicas no es que sea un fenómeno radicalmente nuevo, pero es a final del siglo xx cuando alcanza unas dimensiones que no habían sido antes conocidas.

**75.**  
*Multiplicación de instituciones de base privada.*

Se ha producido, en concreto, en todo el mundo una multiplicación del número de instituciones creadas bajo fórmulas cooperativas, asociativas y fundacionales variadísimas, que desarrollan actuaciones en una gran variedad de campos: los servicios sociales, desde luego, pero también la cultura, el ocio, el deporte, el medio ambiente, las actividades religiosas, el desarrollo. Refleja este fenómeno un gran despertar de la sociedad civil que se dota de organizaciones que pretenden contribuir al desarrollo de prestaciones y servicios sociales, situando la realización de este empeño en un lugar distinto del Estado y del mercado.

**76.**  
*Separación del Estado y del mercado.*

Del Estado, por el peso muerto y la lentitud de las estructuras burocráticas y sus respuestas a las necesidades sociales; también por la crisis financiera que obliga a buscar alternativas de gestión más baratas y eficientes. Del mercado, porque la cultura y la ideología común de los ciudadanos de la Europa occidental no acepta el desmantelamiento del Estado de Bienestar para sustituir sus sistemas de prestaciones por fórmulas mercantiles basadas en la competencia y el beneficio.

Este lugar distinto del Estado y el mercado es el de las organizaciones sin finalidad de lucro, agrupadas en lo que, justamente para marcar las fronteras de un estamento nuevo, se denomina tercer sector, lejano por principio del primero, que agrupa el entorno institucional de las Administraciones públicas que operan en el Estado, y del segundo, que integran los agentes que actúan en los mercados libres.

Se confía en que las organizaciones del tercer sector tienen una capacidad de reacción frente a los problemas infinitamente más afinada y flexible, de modo que les resulta posible actuar con urgencia, creativamente también cuando la situación lo precisa. Frente a la lejanía del ciudadano y las dificultades de acceso que presentan las Administraciones públicas, estas organizaciones sociales actúan a pie de obra, y se presume que conocen los problemas de primera mano, y actúan sobre ellos directamente y sin intermediación, con rapidez, multiplicando la eficiencia en el empleo de recursos, sin perderse en procedimientos de actuación formalizados que entorpecen la aplicación inmediata de remedios cuando es necesario.

A la postre, la valoración de la actuación de las organizaciones sociales frente a la de las Administraciones públicas aprovecha la crítica tradicional a la lentitud, el burocratismo, la formalidad de los procedimientos de decisión, comparándola con la inmediatez y la ausencia de todo condicionamiento del sector privado. Comparación que incurre en algunas exageraciones y en el empleo de tópicos que retomaremos después.

La separación del mercado, con el abandono correlativo de cualquier afán de lucro, reporta la ventaja de que la actuación del tercer sector estará presidida por la igualdad y la solidaridad, de modo que no se primará la capacidad de pago ni se dedicará mayor atención a las zonas geográficas o a los conjuntos de población más rentables.

Las razones por las que se ha multiplicado la confianza en los organismos sin finalidad de lucro y se ha retirado parcialmente al Estado y al mercado se han expuesto de muy diferentes formas. RUIZ OLABUÉNAGA ha recorrido la literatura especializada para ofrecer un resumen panorámico de las explicaciones disponibles. Son, unas de carácter político, otras de componente social y otras de significación económica. Las valoraciones políticas se sitúan en polos tan opuestos como representan la «tesis del enfrentamiento», según la cual la sociedad se habría revelado contra el acaparamiento por el Estado de responsabilidades y servicios que pueden ser atendidos por organizaciones ciudadanas, hasta la «teoría de la manipulación», divulgada por algunos

**77.**

*Tercer sector:  
concepto.*

**78.**

*Eficiencia  
y proximidad  
a los problemas.*

**79.**

*Razones  
del incremento  
exponencial de  
las entidades sin  
finalidad de lucro.*

líderes de Organizaciones No Gubernamentales, que creen que todo el sector no lucrativo es un gran invento favorecido por el Estado para evitar asumir sus responsabilidades políticas.

Los planteamientos económicos subrayan, sobre todo, el fracaso del Estado como gestor frente a las alternativas que la sociedad presenta para asumir directamente la oferta de servicios. O, también, la desconfianza que la ciudadanía manifiesta frente a los servicios ofrecidos por empresas mercantiles.

Las teorías de carácter sociológico destacan los aspectos de coordinación con las iniciativas sociales, las ventajas de las fórmulas de gestión que las organizaciones no lucrativas ofrecen, su posición de intermediación entre el Estado y la sociedad, y la utilidad de su participación en la formación de las políticas públicas de bienestar y su control.

L. M. SALAMON y H. K. ANHEIER, que dirigieron un ambicioso estudio sobre el «sector emergente», bajo los auspicios de la Universidad Johns Hopkins, sintetizaron las causas y las manifestaciones de lo que ellos denominan la «revolución asociativa», para explicar luego lo que consideran las funciones primordiales que cabe descargar en el tercer sector.

De entre las causas, destacan las siguientes: la generalizada crisis del Estado, que cuestiona las políticas tradicionales de bienestar social; el colapso del experimento del socialismo estatal en la Europa central; la evolución del desarrollo dirigido por el Estado en partes importantes del hemisferio sur; la preocupación por la degradación medioambiental; el surgimiento masivo de actividades de voluntariado privadas; el estímulo al crecimiento del número y magnitud de las entidades de base asociativa por la revolución de las comunicaciones y por la apabullante expansión de grupos de clase media, con formación académica, frustrados por la falta de posibilidades de expresión que encuentran en muchos lugares; el creciente cuestionamiento del consenso neoliberal («consenso de Washington») que ha dirigido la política económica mundial durante décadas. Frente a la pretensión de solucionar todos los problemas usando dichas ideas económicas (dar rienda suelta a los mercados), se ha subrayado la importancia de no perder de vista el estímulo y el trabajo de las instituciones sociales de cada país (J. STIGLITZ).

### 80.

*Causas de «revolución asociativa».*

### 81.

*Iniciativa, servicio, eficiencia, calidad...*

Del sector emergente se espera innovación, entendida como una capacidad mayor de iniciativa para responder a las demandas sociales; servicio, sobre todo mediante la oferta de productos mejores; defensa social, organizando prestaciones más eficientes, más baratas, de más

garantía y calidad; concienciación respecto de los derechos individuales y colectivos; desarrollo comunitario como proceso para una mayor integración social.

Los datos sobre el alcance de la revolución asociativa que han manejado los investigadores recientes son realmente asombrosos.

Solo en relación con las entidades que utilizan la forma jurídica de asociación, y siguiendo la información que proporciona el Registro del Ministerio del Interior, PRIETO LACAZI ha determinado que entre 1965 y 1990 se crearon más de 150.000 asociaciones de las cuales el 85% son de carácter no lucrativo. El período de mayor crecimiento coincide con los primeros años de transición a la democracia: en los años que van de 1977 a 1980 se constituyeron más asociaciones que en los doce años anteriores. El ritmo decrece un poco en los ochenta, y en 1990 se duplica el número de asociaciones no lucrativas. La evolución es tan espectacular que se pasa de 1.595 asociaciones en 1965 a 124.557 en 1990.

Lo que augura, al menos, la fulgurante aparición en la escena social de las entidades no lucrativas es que los ciudadanos dan un paso adelante y niegan para el futuro que las estructuras del bienestar puedan modelarse, dirigirse y gestionarse, de un modo burocrático, formal y monolítico. El Estado social entra, pues, en período de revisión y de reformas y se encamina hacia la búsqueda de un nuevo paradigma.

El resultado, dependiendo del protagonismo que alcancen las organizaciones no lucrativas, podrá llegar a ser lo que se ha dado en llamar un *welfare mix*, en el que la oferta de servicios, aunque financiada fundamentalmente por el Estado, sea también diseñada con la participación y la gestión de las entidades no lucrativas.

U. ASCOLI y E. PAVOLINI distinguen cuatro modelos o familias, según el grado de compenetración, en el desarrollo de políticas de bienestar, del Estado y las organizaciones del tercer sector. Cuatro modelos de *welfare mix*, por tanto: la primera es la anglosajona, representada sobre todo por Inglaterra; la segunda, la escandinava; la tercera, la continental europea (Alemania, Austria, Benelux y, parcialmente, Francia), y la cuarta, la mediterránea (España, Portugal, Italia y Grecia). Siguen la línea, como se comprueba, pero matizan mucho los tres mundos del bienestar de ESPING-ANDERSEN.

Es en el período que va de los años sesenta a los ochenta del pasado siglo cuando la fuerte ola de la secularización transforma algunas características tradicionales de las familias mediterránea y continental. Al mismo tiempo, surgen y se consolidan movimientos sociales de variadas

**82.**

*Datos sobre el incremento de asociaciones.*

**83.**

*Welfare mix.*

**84.**

*Modelos de Estado de bienestar.*



clases: estudiantiles, pacifistas, ecologistas, de defensa de los derechos civiles... Empiezan a surgir a gran ritmo organizaciones del tercer sector que pretenden ofrecer servicios nuevos al margen de las instituciones públicas, en cualquier lugar del territorio; también pretenden luchar contra la exclusión social y aspiran a implicar directamente a los usuarios en las políticas de bienestar y en la prestación de los servicios.

**85.**

*Las prestaciones sociales públicas: de potestativas a derechos subjetivos.*

En el mismo período de tiempo cambia también la configuración y el desarrollo del Estado social. FARGION sintetiza los cambios destacando que las prestaciones sociales pasan de fundarse en decisiones discrecionales de los poderes públicos a transformarse en derechos subjetivos que permiten exigirlos. Se cruza también definitivamente la distancia entre la selectividad respecto de los usuarios a la universalidad del modelo público de asistencia; se reconfigura la ideología del sistema para que se oriente hacia el bienestar psicofísico más que el aseguramiento de la subsistencia; y, en fin, se procura la integración social de los necesitados frente a la anterior asistencia en supuestos de marginación.

La financiación de las instituciones sociales es, sustancialmente, pública en este período. Pero el espectacular crecimiento de las organizaciones del tercer sector permite advertir que es posible prestar los servicios con menores costes. Como las dificultades de financiación de los sistemas públicos de bienestar requieren la racionalización de los costes, las cuatro familias o modelos europeos aproximan de forma visible sus modelos de bienestar y el papel que deben desempeñar en ellos las organizaciones del tercer sector, abriéndose la orientación hacia fórmulas mixtas.

La última etapa, abierta en la década de 1990, empezó a transformar seriamente el panorama heredado y cambiando las formas de actuación no solo de las Administraciones públicas sino también de las organizaciones del tercer sector.

Para ASCOLI y PAVOLINI los fenómenos de la privatización y la introducción de nuevos modelos de gestión en las Administraciones públicas han influido decisivamente en el desarrollo del tercer sector. Ahora se tiende a reducir la gestión directa de los servicios y a convocar a las organizaciones privadas para que cooperen con las Administraciones públicas. Se aspira a mejorar la eficacia y la eficiencia mediante esta apelación a los agentes sociales y, en particular, utilizando a organizaciones del tercer sector para prestar servicios en lugar de hacerlo manteniendo las estructuras públicas tradicionales.

## B) La equidistancia entre el Estado y el mercado

Cuando el tercer sector ha cobrado tanta relevancia, también se ha visto afectado por un cambio en las regulaciones. Las organizaciones sociales obtienen importantes medios económicos para desarrollar programas de interés público. Para asegurar el buen fin y eficiente empleo de estos recursos es necesario efectuar una correcta selección de las entidades que van a usarlos, tener en cuenta criterios de precio, de competencia, indicadores varios respecto de la profesionalidad y la calidad... Lo cual aboca también al endurecimiento de las relaciones entre la Administración pública y el tercer sector. Ya no lo «hace bien» todo el que «hace el bien»: empiezan a primar los mecanismos de control puntuales y las formas de selección más competitivas.

Esa misma búsqueda de abaratamiento de costes y eficacia ha hecho que también los servicios sociales se abran a empresas privadas con ánimo de lucro.

Todo lo cual, en fin, conduce rápidamente a una adaptación de las organizaciones del tercer sector, en las que se observa, en el último período del siglo xx, una tendencia hacia la profesionalización, la acogida de métodos empresariales de actuación, la búsqueda de ofertas basadas en mejora de los costes y desarrolladas en régimen de competencia.

Además, para asegurarse una posición fuerte ante el Estado y aspirar a participar en la formación de políticas sociales ha crecido la tendencia a crear agrupaciones de entidades en organizaciones de segundo nivel.

Las conclusiones de ASCOLI sobre la importancia del *welfare mix* en algunos sectores son impresionantes. En Italia, un porcentaje comprendido entre el 60 y el 90% de los servicios socio-asistenciales financiados por el Estado es prestado por organizaciones privadas, en su mayor parte del tercer sector. En Francia, en relación con los discapacitados, el 90% de las estructuras y el 85% de los empleados están en el tercer sector, y en el campo de la asistencia domiciliaria el 70% es prestado por el tercer sector.

Hemos de referirnos ahora, para concluir esta exposición, a algunos riesgos que el éxito de las formas de colaboración con organizaciones sociales privadas conllevan desde el punto de vista del Estado democrático y social consagrado en la Constitución.

Como han demostrado los estudios realizados sobre las organizaciones no lucrativas en toda Europa los recursos de estas organizacio-

**86.**  
*Creciente  
regulación de la  
autorregulación  
social.*

**87.**  
*Tendencia a la  
vinculación a las  
Administraciones  
públicas.*

nes provienen de las Administraciones públicas en su mayor parte. Esto supone que los gestores de las asociaciones y fundaciones beneficiarias tienen que conocer las fuentes presupuestarias de estos recursos, ser capaces de elaborar los planes y programas que justifican el otorgamiento de ayudas, estar en disposición de ejecutar dichos planes y programas y, en fin, dar cuenta suficiente del empleo de los recursos cuando las Administraciones públicas ejerzan las funciones de supervisión que, inevitablemente, se reservan.

A esta circunstancia financiera se suma otra, no menos relevante, como es el hecho de que las organizaciones del tercer sector estén asumiendo la gestión de servicios públicos de carácter social en sustitución o como complemento de las Administraciones públicas. Se trata, por tanto, de gestionar servicios públicos. Las Administraciones públicas que habían sido titulares de dichos servicios han preferido abandonar las funciones de prestación de los mismos. Sin embargo, este retraimiento no ha sido pleno porque las funciones de prestación de servicios se han sustituido por otras de prestación económica. No se organizan servicios sociales, ni directa ni indirectamente, por las Administraciones públicas, pero se proveen recursos en favor de organizaciones sociales capaces de prestarlos. Esta fórmula está teniendo un extraordinario éxito en toda Europa en el caso de algunos servicios sociales como la atención a algunos tipos de minusválidas, la asistencia a la tercera edad, diversas formas de fomento del deporte y el ocio...

**88.**

*La gestión de servicios sociales por organizaciones del tercer sector: la cuestión de la financiación.*

Para las Administraciones públicas, la fulgurante aparición de las organizaciones del tercer sector como gestoras de servicios les proporciona la inequívoca ventaja de poder actuar con menos carga de personal y, si los cálculos que se están haciendo son ciertos, también con menor gasto, porque, según parece probado, las entidades del tercer sector desarrollan las indicadas actividades de un modo más eficiente; por tanto, con mejores resultados y menor coste.

Esta transformación de las entidades no lucrativas, con la fuerte aproximación que se ha producido a las Administraciones públicas, y la multiplicación, mediante convenios con el sector público, de la importancia de las tareas sociales que desempeñan en el Estado de Bienestar, implica, inevitablemente, una mayor burocratización de dichas entidades: más personal, mayores costes de funcionamiento, estructuras de administración más complejas.

Esta progresiva formalización de la organización y actividad de los establecimientos que examinamos, no arregla, sin embargo, la importante cuestión de la pérdida de control en el uso de recursos públicos (la fiscalización que pesa sobre la organización administrativa y sus agentes es siempre más severa y está determinada en la Constitución y las leyes) ni la necesaria reserva a los poderes públicos de la definición de los intereses generales. Solo el mantenimiento de estas condiciones básicas de supervisión y relación, cuando aquellas instituciones sustituyan a la Administración en la satisfacción de obligaciones sociales de carácter público, puede permitir que las nuevas alternativas de gestión de los servicios sociales, que el tercer sector ofrece, se compatibilice con las exigencias del Estado democrático de Derecho. No es el caso, desde luego, cuando la acción de dichas organizaciones es de complementariedad de la actuación pública, o los recursos que emplean proceden de fuentes privadas.

Otro problema importante es el proceso de mercantilización de las entidades y organizaciones a las que venimos refiriéndonos. Si se considera que las dotaciones altruistas a las entidades no lucrativas son escasas en toda Europa o, al menos, no tienen esta procedencia los recursos financieros más importantes, y, por otra parte, que la financiación con cargo a los presupuestos públicos puede incrementar la dependencia de las Administraciones públicas y, por tanto, la deseable separación de las mismas, si se conviene todo esto, también habrá que concluir que las entidades no lucrativas precisan nutrirse de cuotas o recursos obtenidos como pago de bienes o servicios que suministran al mercado. El mercado es, por consiguiente, una salida para el fortalecimiento financiero de las entidades sin ánimo de lucro, para que puedan dotarse de mejores recursos y, en consecuencia, ser más independientes.

La primera circunstancia que habría que destacar para valorar exactamente el fenómeno es que la delimitación del tercer sector no es pacífica en cuanto al número y clases de entidades que lo integran. Las entidades de «economía social», según las definió la Carta de la economía social que elaboró en 1982 el Comité Nacional de Enlace de las Actividades Mutualistas, Cooperativas y Asociativas, son el conjunto de entidades no pertenecientes al sector público que, con funcionamiento y gestión democráticos e igualdad de derechos y deberes de los socios, practican un régimen especial de propiedad y distribución de las ganancias, empleando los excedentes del ejercicio para el crecimiento de la entidad y la mejora de los servicios a los socios y a la

**89.***Control del gasto.***90.***El problema de la mercantilización de las entidades de carácter social.***91.***Delimitación de las entidades de «economía social».*

sociedad. Organizaciones como las cooperativas, cajas rurales, algunos grupos de aseguramiento como MAPFRE, o la ONCE, caen dentro de esta definición.

**92.**

*Adaptación al mercado.*

Pues bien, todas estas entidades de economía social habían desarrollado sus actividades económicas de un modo diferente al de las sociedades mercantiles y, sin embargo, como han destacado J. BAREA, J. F. JULIÁ y J. L. MONZÓN, en las últimas décadas se han visto sometidas a desafíos derivados de la globalización económica y el incremento de la competencia que ha impuesto a las empresas «la necesidad de desarrollar nuevas estrategias de marketing, cuantiosas inversiones de capital, innovaciones tecnológicas aceleradas y, en muchas ocasiones, decididos procesos de concentración de la oferta». Es evidente, señalan estos autores, que si las cooperativas tradicionales quieren seguir siendo instrumentos empresariales útiles al servicio de sus socios, deben evolucionar y adaptarse al entorno. Pero esta adaptación plantea inmediatamente el mismo problema que ya se ha resaltado con ocasión de la transformación burocrática del tercer sector: en palabras de los autores citados, «¿la adaptación de las empresas de economía social a las exigencias del mercado es compatible con el mantenimiento de sus características diferenciales, o, por el contrario, como argumenta la «ley de transformación» (OPPENHEIMER) o la teoría del isomorfismo organizacional (BAGER), conduce inexorablemente a la difuminación de esas características y a la transformación de las empresas de economía social en empresas capitalistas?».

Este es el problema. Pero, sin perderlo de vista, creemos que puede afirmarse que una cierta mercantilización de las entidades sin ánimo de lucro es absolutamente inevitable, aunque solo sea por la razón de que han de recurrir al mercado para obtener recursos con los que ganar independencia y poder desarrollar los fines que persiguen. Las reticencias hacia la mercantilización (al modo en que aparecen en el estudio de la Universidad Johns Hopkins) tal vez puedan ser mayores en países en que el altruismo basta para dotar de recursos a las entidades del tercer sector, como ocurre en mayor medida en Estados Unidos que en Europa. Pero a falta de una explosión de la generosidad que evite la búsqueda de los recursos en los presupuestos públicos o en el mercado, una y otra operación, a la búsqueda de financiación, es inevitable. Además, hasta el altruismo de resultados económicos más abundantes tiene límites fácilmente adivinables: no es posible esperar que la mitad de la sociedad se dedique a organizar los servicios sociales de la otra mitad, a partir de decisiones económicas apoyadas en la generosidad individual únicamente.

### III. LAS MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD DE REGULACIÓN: CUADRO SISTEMÁTICO

El Estado regulador, como venimos indicando, no ha sustituido por completo al Estado gestor, que se responsabilizó, durante casi todo el siglo xx, de organizar y gestionar servicios y prestaciones en favor de los ciudadanos y de intervenir en sus derechos para compatibilizar su ejercicio con los intereses generales. Tampoco las técnicas e instrumentos de actuación de que se han valido las Administraciones públicas, desarrolladas a lo largo de dos siglos de constitucionalismo, para intervenir en los derechos y satisfacer los intereses generales, se han volatilizado de repente y han sido sustituidas por un arsenal jurídico completamente nuevo. Sin duda, los cambios de concepciones que implica la retirada del Estado a posiciones de regulador dejando que muchas actividades de interés general, antes de su exclusiva responsabilidad, sean desarrolladas por organismos de carácter privado, ha urgido la ideación de nuevas técnicas de actuación que han renovado el instrumental del Derecho Administrativo clásico. Ello sin perjuicio de las matizaciones que han debido introducirse en sus formas de empleo para acomodarlas a la nueva ideología de las relaciones entre la Administración pública y la sociedad.

Estudiaremos a partir de ahora en este volumen las instituciones básicas de la regulación administrativa y resulta pertinente, antes de explicar cada una de ellas en concreto, ofrecer un cuadro general de las mismas.

Excluiremos de este ensayo de ordenación algunos aspectos de la actividad de regulación que repercute en la organización de las Administraciones públicas, porque ya hemos dado cuenta de los más principales de estos efectos en otro volumen de esta obra.

También acabamos de resaltar en los epígrafes anteriores la importancia organizativa que tiene la mayor participación de los ciudadanos y entidades de base privada en el modelo de Administración reguladora y garantizadora de nuestro tiempo. En todo caso, a esta cuestión, y también al fenómeno de la atribución a entidades administrativas, independientes y especializadas por sectores, de las competencias regulatorias ejecutivas, volveremos a hacer referencia en este capítulo, de forma complementaria, en cuanto que las explicaciones que formularemos lo requieran.

#### 93.

*Transformaciones de las técnicas de actuación administrativa.*

Con independencia de las anteriores referencias, se seguirá el siguiente orden y agrupaciones temáticas:

**94.**

Tipología.

1.º Las potestades administrativas de regulación bien son de carácter normativo o bien consisten en decisiones o actos administrativos. A veces implican la utilización de convenios, contratos u otras fórmulas bilaterales o plurilaterales de actuación. Es decir, que en la actividad de regulación se proyectan todas las clases de potestades que el ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones públicas para la satisfacción de las misiones de interés general que tienen confiadas.

2.º Al utilizarse estas potestades para garantizar que los ciudadanos obtengan prestaciones y servicios de nivel y calidad suficientes, y el ejercicio de sus derechos, aquellas se despliegan o diversifican en un complejo de figuras técnicas e instrumentos jurídicos adaptados a los objetivos que se pretenden preservar. En el caso de las potestades administrativas de regulación, sus peculiaridades esenciales radican en lo siguiente: a) Las organizaciones o entidades que asumen la actividad de regulación están comúnmente dotadas de un régimen de especialización e independencia respecto de los órganos de la Administración general. b) Las funciones de regulación se ejercen ordinariamente dando cabida ampliamente a la participación de las representaciones de los sectores afectados también en el ejercicio de funciones normativas y de control a establecimientos u organizaciones de base privada. c) Los procedimientos de actuación han de cuidar especialmente la previsibilidad de las decisiones y la transparencia. d) La amplitud de las potestades de regulación implica la concentración en unos mismos organismos administrativos de funciones de carácter normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos. En los términos que el juez SUTHERLAND explicó en la Sentencia *Humphrey's Executor v. United States*, de 1935, del Tribunal Supremo de EEUU, acumulan, junto a las potestades característicamente administrativas, otras «cuasi-legislativas» y «cuasi-judiciales». e) Las funciones regulatorias se desenvuelven en el marco de una amplia discrecionalidad administrativa, lo que plantea problemas especialmente importantes respecto de la previsibilidad de las decisiones, sus modificaciones y el control de las mismas, de modo que los derechos individuales afectados cuenten con garantías suficientes.

**95.**

Características  
generales de las  
técnicas de  
regulación.

3.º La regulación se dirige a garantizar que la actividad de organizaciones y empresas privadas, cuando se desenvuelve en sectores social o económicamente relevantes, ofrecerá a los ciudadanos servicios suficientes y de calidad.

Como ya hemos indicado, la circunstancia de que, desde finales del siglo xx, el Estado haya cedido parcialmente su función de prestador y asegurador directo del funcionamiento de la calidad de los servicios públicos, actuando como gestor de las entidades y empresas públicas que los tenían encomendados, no significa que haya abandonado completamente tales posiciones. Se mantienen, por el contrario, tanto en las áreas económicas como, sobre todo, en las sociales, muchos servicios de titularidad pública.

La primera decisión regulatoria consiste en decidir qué servicios se reservan a las Administraciones públicas asignándoles su titularidad. El artículo 128.2 de la Constitución encomienda esta elección al legislador. En relación con las Administraciones locales, como veremos más adelante, el propio legislador establece el marco normativo general dentro del cual las decisiones concretas de reservar la titularidad de los servicios, con o sin monopolio, corresponde a los órganos de gobierno de aquellas.

La evolución de las concepciones sobre el papel que corresponde al Estado en relación con la sociedad ha determinado, sin embargo, como venimos subrayando, que aquel abandone las obligaciones de prestador de servicios permitiendo que organizaciones o empresas privadas ocupen sus posiciones en áreas determinadas de la actividad económica o social. Cuando así se establece, la regulación de las organizaciones y entidades privadas se encamina a garantizar el correcto funcionamiento de los servicios de utilidad pública que quedan bajo su responsabilidad.

La regulación de los servicios públicos se refiere, por tanto, en primer lugar a la reserva de la titularidad pública de los mismos o a permitir el desarrollo de las actividades de utilidad pública correspondientes por entidades de base privada; en el caso primero, las decisiones regulatorias se entienden a la organización y gestión de los servicios de titularidad pública; en el segundo supuesto, a la ordenación de la actividad privada en términos satisfactorios para los intereses generales y el bienestar de los ciudadanos.

Esta diversificación ha determinado que concurren, en la prestación de servicios de interés general, entidades públicas y privadas. No es nuevo, porque pertenece a las categorías del Derecho Administrativo forjadas durante los dos últimos siglos, que los particulares y sus empresas puedan gestionar servicios públicos a título de concesionarios de la Administración; la concesión es una de las formas tradicionales de «gestión indirecta» de los servicios públicos que, como ya hemos

**96.**

*Mantenimiento de la titularidad pública de los servicios.*

**97.**

*Titularidad privada de los servicios de interés general.*

**98.**

*Gestión indirecta y titularidad del servicio.*



visto al estudiar los contratos en el volumen anterior, está plenamente vigente. Lo nuevo, sin embargo, radica en que entidades privadas puedan ser directamente titulares y, por tanto, responsables de la gestión de servicios de interés general (curiosamente la innovación es más destacada en otros Estados europeos que en España, donde algunos servicios económicos, como el telefónico o el eléctrico, se organizaron sobre la base de la titularidad privada y la gestión por empresas privadas; remitimos al volumen II de esta obra).

Estudiaremos por tanto, agrupadamente, las fórmulas regulatorias de todas estas clases de servicios, así como las «misiones de servicio público» que se encomiendan a entidades privadas.

4.º Las actividades públicas de regulación y garantía se dirigen a conformar y orientar, de acuerdo con las exigencias del interés general, el contenido y el ejercicio de los derechos individuales.

También, como en el caso de los servicios, la primera decisión del legislador consiste en mantener o eliminar la posibilidad de que existan derechos sobre algunos bienes o actividades. Así lo autoriza el artículo 128.2 CE y el Tribunal Constitucional ha remarcado en su jurisprudencia que el reconocimiento en la Constitución de los derechos de propiedad y empresa no garantiza también que puedan recaer sobre cualquier actividad u objeto.

Los derechos de los ciudadanos, reconocidos en la Constitución y las leyes, al margen de las exclusiones antes indicadas, son susceptibles de una delimitación administrativa que se produce mediante normas, planes o actos administrativos, en los términos que habilita el legislador. Esta función de concreción de los límites del derecho lleva a la determinación de su contenido normal, es decir, de las facultades o atribuciones que comprende.

Forma parte del contenido normal de los derechos su sometimiento a límites o a la satisfacción de deberes u obligaciones que modulan su ejercicio. Las limitaciones se hacen efectivas exigiendo a los titulares de los derechos que cumplimenten requisitos diversos establecidos como condiciones al pleno disfrute del derecho, o para compatibilizarlo con otros intereses públicos. La más común de estas técnicas de limitación es la autorización administrativa, cuyo régimen ha sido remodelado, en algunas de sus aplicaciones más relevantes, para hacer menos gravosas las restricciones de derechos que implica.

Cuando las limitaciones son tan intensas que hacen desaparecer el contenido esencial del derecho mediante la eliminación de las faculta-

**99.**

*Reservas de bienes  
y actividades.*

**100.**

*Delimitación de los  
derechos.*

**101.**

*Limitaciones y sus  
formas.*

**102.**

*Privaciones.*

des que comprende, estamos ante decisiones que implican la eliminación o privación de aquel, lo que genera consecuencias indemnizatorias a favor de su titular.

Los deberes y obligaciones que se imponen a los titulares de los derechos en el ámbito de las actividades reguladas comprenden una amplísima gama. Uno de los cambios que han traído las nuevas concepciones regulatorias implantadas desde finales del siglo xx ha sido el incremento de las obligaciones, por tanto en favor de terceros que pueden exigirlos, que no resultan de relaciones bilaterales de naturaleza contractual sino de decisiones directas del regulador, para asegurar el buen funcionamiento de los servicios o los mercados.

Muchas de estas obligaciones se dirigen a asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos en igualdad de condiciones y, cuando son de carácter económico, también la competencia en los mercados.

El contenido de los derechos, fijado en la regulación de los mismos, y la observancia de las limitaciones, deberes y obligaciones reclaman del regulador una intensa actividad de supervisión, inspección y control. No se trata, como es notorio, de funciones administrativas de nuevo cuño, pero, en el marco de la actividad regulatoria, adquieren connotaciones particulares de interés: por ejemplo, los límites a su ejercicio o la participación de entidades colaboradoras de carácter privado en las funciones públicas de control, inspección y certificación.

5.º Una de las funciones que comprende la potestad de regulación, que presenta aspectos realmente nuevos en el contexto de la cultura jurídico-administrativa continental europea, es la concerniente a la resolución de conflictos, entre entidades privadas o ciudadanos particulares, con ocasión de la determinación del contenido o el ejercicio de esos derechos. La doctrina (en primer lugar, R. PARADA VÁZQUEZ) había observado que la legislación sectorial, con frecuencia creciente, atribuía a órganos administrativos la facultad de arbitrar conflictos entre particulares. Se identificó esta función como la «actividad arbitral de la Administración». Pero aun siendo una novedad importante en el panorama de las competencias administrativas tradicionales, sus manifestaciones eran excepcionales. El fortalecimiento de la actividad regulatoria de la Administración ha determinado que la resolución de conflictos entre particulares se convierta en una manifestación normal de dicha actividad, de muy frecuente invocación en la legislación sectorial y que tiene una significación y configuración distinta que la actividad arbitral.

**103.**  
*Deberes y obligaciones.*

**104.**  
*Resolución de conflictos.*

El cambio es trascendente porque normaliza la potestad administrativa de resolución de conflictos con la connotación añadida de que se están ampliando continuamente los sectores donde tal competencia está cobrando protagonismo. El ensanchamiento de su ámbito, como veremos después, alcanza ya a la resolución de conflictos en los que se conjugan no solo derechos económicos o sociales sino, también, algunos derechos fundamentales de libertad o personales. Tal evolución está conduciendo hacia una cierta administrativización de las garantías de los derechos, que hemos de estudiar después.

**105.**  
*Regulación de  
empresas y  
mercados.*

6.º La regulación específica de empresas y mercados cuenta con instrumentos jurídicos y técnicas de actuación que tienden a preservar la competencia y, en los supuestos en que en un sector de la actividad económica concurren empresas públicas y privadas, la igualdad de condiciones de los operadores.

Destacan entre ellas, por razón de los objetivos indicados, las regulaciones que condicionan la iniciativa empresarial pública y, sobre todo, los regímenes privilegiados de financiación a través de ayudas o subsidios públicos.

El aseguramiento de la igualdad de condiciones para competir en los mercados se logra, por una parte, mediante la regulación de los mismos con normas, planes y decisiones cuyo cumplimiento comprueba el regulador. Pero, al mismo tiempo, también por aplicación de principios y reglas generales que forman parte del Derecho de la competencia. Regulación y competencia no son incompatibles sino que, como habremos de estudiar, la mayor parte de las veces se complementan.

**106.**  
*La delimitación  
de la actividad  
de regulación:  
las potestades  
fronterizas.*

7.º Los bordes de la actividad de regulación se sitúan en los espacios en los que las Administraciones públicas asumen la titularidad de bienes o la función de crear y gestionar servicios, o acuerdan privar a los ciudadanos de sus derechos y sustituirlos mediante compensaciones indemnizatorias. La teoría económica llama bienes y funciones públicas a todo el complejo de decisiones, organización de servicios y gestión de actividades, que conciernen al funcionamiento de poderes estatales como la Justicia, la Hacienda pública, la Defensa o la Policía. Se consideran todas ellas actividades insusceptibles de comercio. Pero también quedan fuera del comercio los bienes que integran el dominio público, que se someten jurídicamente a un régimen especial de utilización que excluye la propiedad privada y no permite el ejercicio sobre ellos de derechos exclusivos que no sean expresamente habilitados por la Administración titular de los mismos.

El otro límite de la regulación es la privación de bienes y derechos (*taking* es el concepto que utiliza el Derecho anglosajón para diferenciarlo de *regulation*). Cuando estos no se mantienen bajo la titularidad privada, decae la función de regulación y deja de tener sentido que la Administración se posicione como garante de la satisfacción de los intereses generales condicionando con límites, deberes y obligaciones, el destino y utilización de los mismos. La privación implica una transferencia de titularidad que obliga a la Administración a asumir por completo el cumplimiento de las funciones de titularidad pública o interés social que la justificaron. Se instrumenta formalmente la privación a través de la expropiación forzosa, aunque no es esta la única manera de producir aquel efecto ablatorio de los derechos privados, como tendremos ocasión de constatar.

El estudio de estas técnicas en este contexto sistemático, como potestad alternativa y límite a la regulación, es particularmente adecuado a nuestro juicio. De aquí que incluyamos el análisis de las mismas al final del volumen.

El cuadro precedente permite concluir que es posible explicar sistemáticamente y ordenar las principales manifestaciones de la actividad de las Administraciones públicas de nuestro tiempo alrededor de las funciones de regulación y garantía. No incluyen, sin ninguna duda, todo el Derecho Administrativo, pero sí explican de modo satisfactorio las formas que reviste actualmente la relación del Estado con la sociedad, el papel que asumen las Administraciones públicas y las técnicas de que se valen para asegurar la adecuada satisfacción de los intereses generales. En nuestro criterio no existe en la actualidad ninguna alternativa dogmática con mayor capacidad sistematizadora.

#### IV. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE REGULACIÓN: CONTENIDO Y LÍMITES

##### 1. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

En términos generales, la tipología de potestades administrativas que se utilizan en la actividad de regulación son todas aquellas que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración y que hemos ido estudiando a lo largo de esta obra. No se trata, en este momento, tanto de estudiar la naturaleza de estas potestades y su régimen jurídico como de conocer las aplicaciones concretas de las mismas en el caso de la actividad de regulación. De aquí que resulte ahora completamente improcedente volver a tratar del régimen de la potestad reglamentaria

de la Administración y sus límites, de los actos administrativos, convenios y contratos, procedimientos de actuación y decisión, etc.

Como excepción a esta remisión general, trataremos seguidamente de algunas especificidades que conciernen a la organización de los órganos reguladores, la atribución acumulada de competencias de carácter normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos en favor de los mismos; los principios que deben regir los procedimientos de actuación, en los que se impone una especial exigencia de transparencia, considerando la amplitud de los poderes atribuidos a los organismos de regulación y los amplios márgenes de discrecionalidad con que actúan; la participación de entidades privadas en la formulación de algunos instrumentos normativos característicos de la regulación en algunos sectores. Y, en fin, el problema de los límites de las potestades reguladoras y su control.

## 2. PROYECCIONES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: EL DOBLE SENTIDO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS REGULADORES

Los poderes públicos reguladores son, en la medida de sus atribuciones, el legislativo y el ejecutivo. Puede reconocerse, como era común en la doctrina norteamericana hasta que se produjo la gran expansión de las agencias federales, que también los tribunales tengan un decisivo poder de regulación en cuanto que contribuyen a la delimitación de los derechos de los ciudadanos y a verificar la constitucionalidad de los límites que se imponen a su ejercicio. En los orígenes del Derecho de la regulación norteamericana estuvo presente la polémica sobre si podían las agencias ejecutivas sustituir la función reguladora de los jueces. Aquellas hubieron de incorporar a sus procedimientos de actuación, como hemos estudiado en otro lugar, y a sus resoluciones, las garantías de los derechos proclamadas en las sucesivas enmiendas de la Constitución, y muy especialmente las consecuencias del *due process*. Actualmente la función de regulación es de naturaleza esencialmente administrativa, separada de la legislativa y de la judicial, y ello se ha estimado como un progreso de las garantías frente a las decisiones del regulador, que pueden ser sometidas a control y revisadas de un modo más amplio que si interviniera en las decisiones cualquiera de los otros dos poderes.

Los reguladores son poderes ejecutivos del Estado que no tienen que revestirse con ninguna forma organizativa específica cuando delimitan derechos o establecen criterios para su ejercicio. Son los órga-

**108.**  
*Los reguladores son los poderes ordinarios del Estado.*

nos ordinarios de la Administración los que, por ejemplo, se ocupan de la regulación de los sectores sociales o de la propiedad privada en todas sus manifestaciones, dentro del marco establecido por las leyes.

Sin embargo, cuando se trata de la regulación de mercados o sectores económicos, se ha generalizado la fórmula de encomendar la misión a agencias u organismos independientes, y además se ha impuesto la exigencia de que los organismos reguladores, con dicho formato o cualquier otro, no sean al mismo tiempo operadores económicos en el mercado correspondiente.

A la primera peculiaridad organizativa de las agencias y su régimen nos referimos al tratar de la naturaleza de sus poderes normativos, y en otro volumen de esta obra hemos tratado de su organización. A estos lugares hay que remitirse ahora.

La otra característica organizativa, la separación entre reguladores y operadores, la analizaremos en este apartado.

El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector quedarían en una situación de desigualdad. Esta explicación es la que se repite siempre en sectores básicos como las telecomunicaciones, los correos o el sistema eléctrico. En el caso de la televisión, sin embargo, la Comunidad Europea no ha llegado a formular una exigencia similar que, en cambio, está recogida en las jurisprudencias constitucionales de algunos Estados miembros. Han derivado estas el mismo principio de la necesidad de asegurar la autonomía de gestión y la independencia de criterios de los organismos de televisión. El valor básico que se trata de preservar en este caso es, por tanto, la formación de la opinión pública libre, el pluralismo y la diversidad de la información, más que el respeto a las reglas de mercado.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha dictado una serie importante de sentencias en las que ha establecido las bases de la interpretación del artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn sobre la libertad de comunicación, refiriéndose de manera particular a la utilización de la televisión como cauce.

Desde la primera sentencia de la indicada serie, dictada el 28 de febrero de 1961, el Tribunal Constitucional dijo que el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn no impide el monopolio público de la tele-

**109.**  
*Especialidades organizativas.*

**110.**  
*Razones de la separación.*

**111.**  
*Aplicaciones al sector audiovisual.*

**112.**  
*Alemania.*

visión. Pero exige que no se establezca en beneficio del Gobierno, sino en provecho del conjunto de la sociedad. La consecuencia que el Tribunal derivó de esta interpretación es que el Estado no puede gestionar directamente la televisión ni tener una influencia directa sobre su programación. La orientación de la televisión hacia el servicio público se justifica en el servicio a la sociedad así concebido.

En las sentencias del mismo Tribunal de 27 de julio de 1971 y 16 de junio de 1981 se reitera la misma doctrina sobre la independencia de la televisión.

La aplicación del principio de separación de los organismos de gestión de la televisión de los de reglamentación y supervisión tiene una orientación similar en Francia, aunque haya pasado por vicisitudes diversas. Inicialmente, después de la ruptura del monopolio en materia audiovisual, las funciones de vigilancia, supervisión y sanción se atribuyeron al Consejo Superior del Audiovisual. Las atribuciones del Consejo están orientadas en las leyes que lo regulan (artículo 1 de la Ley de 30 de septiembre de 1986, en la versión dada por la Ley de 17 de enero de 1989) tanto para procurar la independencia y la calidad y la diversidad de los programas, como el fomento de la cultura y de la lengua francesas, y asegurar la competencia libre en el sector.

En España, con bastante retraso respecto de las legislaciones europeas, la misma separación entre los operadores públicos de televisión y el órgano regulador ha sido fijada en la Ley 7/2010, de 3 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que crea el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Las razones esgrimidas por las instancias comunitarias para imponer la separación entre reguladores y operadores se han basado, en cambio, siempre en razones de mercado. Seguramente, los más expresivos requerimientos en este sentido se han producido en el sector de las telecomunicaciones. Pero se han reproducido en la normativa sobre liberalización de ferrocarriles, energía eléctrica o servicios postales. Los ejemplos abundan en los documentos, resoluciones y normas comunitarias relativos al aludido sector de las telecomunicaciones. Casi todas tienen su fundamentación teórica en lo que estableció el Libro Verde sobre las telecomunicaciones de 30 de junio de 1987.

Uno de los «diez mandamientos», donde se condensa la doctrina comunitaria en materia de telecomunicaciones, dictados en el aludido Libro Verde, propugna la «separación de las actividades de regulación y explotación de las administraciones de las telecomunicaciones». Argumenta que en materia de intervención pública en la prestación de

**113.***Francia.***114.***Generalización en otros sectores.***115.***Telecomunicaciones.*

servicios, los principios comunitarios obligan a una separación completa de las funciones de regulación y las de explotación ejercidas por las Administraciones públicas de las telecomunicaciones. El Libro Verde justifica esta exigencia de un modo rotundo: «en un entorno más abierto a la competencia, las administraciones de las telecomunicaciones no pueden, al mismo tiempo, ejercer la potestad reglamentaria y participar en el mercado. Esto es ser al mismo tiempo juez y parte».

La cuestión de la separación entre los reguladores y los operadores, postulada en el Libro Verde, vuelve a recogerse en la Directiva de la Comisión 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. La Comisión explica en esta norma que «el poder de reglamentación del acceso al mercado de los servicios de telecomunicaciones constituye un reforzamiento de la posición dominante que esta misma empresa tiene en el mercado». Utilizando este poder se podrían imponer restricciones al acceso de los competidores a los mercados de servicios de telecomunicaciones y limitar la libertad de elección de los usuarios. Incluso se podrían restringir los mercados de los materiales destinados al tratamiento de señales de telecomunicación. Por todo ello, la Comisión concluye que «la acumulación de estas actividades constituye un abuso de posición dominante de los organismos de telecomunicaciones». Por esta razón, el artículo 7 de la Directiva establecía la obligación de que los Estados miembros garantizaran, a partir del 1 de julio de 1991, que las autorizaciones para la explotación de servicios, el control de su conformidad con las normas, la atribución de frecuencias y la vigilancia general del empleo de las autorizaciones «sean realizados por una entidad independiente de los organismos de telecomunicaciones».

En la Sentencia *Reino de España y otros v. Comisión*, de 17 de noviembre de 1992, se consolida definitivamente la aludida doctrina de la separación.

En otros sectores, como el eléctrico, por ejemplo, la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se reitera la obligatoriedad del principio de separación, haciendo del mismo aplicaciones diversas. Por ejemplo, en relación con el otorgamiento de licencias, el artículo 6.5 establece que «los Estados miembros designarán una autoridad, un organismo público o un organismo privado independiente de las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, que será responsable de la organización, el seguimiento y el control del procedimiento de licitación». Una regla

**116.**  
*Acumular  
regulación y  
actuación en el  
mercado es abuso  
de posición.*

**117.**  
*Sector eléctrico.*



semejante se establece con respecto de la independencia del gestor de la red de transporte, para que no se planteen tampoco cuestiones de desigualdad en cuanto al acceso a la misma (artículos 7 y 8). El mismo principio, en fin, recoge el artículo 10 respecto de la explotación de las redes de distribución.

En fin, en justa correspondencia con el carácter pionero con que la medida organizativa que hemos analizado se aplicó en el sector de las telecomunicaciones, quizá sea la Directiva de 7 de marzo de 2002, «relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicos», donde puede encontrarse una exposición más depurada de la significación y alcance del principio de separación analizado. Dice su artículo 3.2 que «los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas. Los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad y el control».

### 3. LA TRANSPARENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS

En Estados Unidos, la solución a los problemas de transparencia en la actuación de las Agencias se impuso con la aprobación de la *Freedom of Information Act (FOIA)*, aprobada en 1966, que supuso la apertura de los archivos de las agencias al público y la creación de procedimientos ejecutivos para lograr el acceso.

La FOIA obliga a las agencias a publicar algunos asuntos y permite el acceso del público, bajo requerimiento, a cualesquiera otros archivos a menos que estén amparados por las excepciones que la propia ley establece. Se prevén acciones contra las agencias que secuestren indebidamente sus archivos.

A los efectos de la ley son archivos los expedientes creados u obtenidos por la agencia en el curso de su trabajo y que estén bajo el control de la agencia en el momento en que le sean solicitados. Se excluyen los documentos privados que no se consideran archivos por el mero hecho de que puedan localizarse en las oficinas de la agencia. Esta exclusión provocó una interesante Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, de 1980. Se trataba de la reclamación de unas notas tomadas

**118.**  
Freedom of  
Information Act.

**119.**  
Acceso a archivos  
en EEUU.

por H. Kissinger con ocasión de una conversación telefónica, que había podido ojear un periodista y cuya entrega se reclamó al Departamento de Estado. El Tribunal declaró que estas notas no eran un archivo de dicho Departamento por cuatro razones: no estuvieron nunca bajo el control del Departamento; no habían sido generadas en el mismo; no estaban archivadas en ninguna carpeta del departamento, y no habían sido usadas de ningún modo por dicho organismo. Tampoco está obligada la agencia a entregar documentos que hayan sido indebidamente retenidos por ella.

La FOIA contiene hasta nueve categorías de excepciones a la apertura de los archivos de las agencias. El Tribunal Supremo ha establecido que tales excepciones deben ser interpretadas de un modo restrictivo (por ejemplo, Sentencia *Department of the Air Force v. Rose*, de 1976). Tales excepciones son la defensa y la política exterior, los asuntos internos de personal, los secretos comerciales y la información comercial privilegiada, la protección de la privacidad de las personas, los archivos utilizados en procedimientos de ejecución forzosa de las leyes, que pueden afectar al derecho al proceso o a la identidad de los confidentes, o a la seguridad física de las personas; los memoranda inter-agencias o intra-agencias, y los demás supuestos específicamente establecidos en las leyes.

Otra vía para obtener información del Gobierno es a través del denominado «*discovery process*». Existen privilegios que afectan a la práctica de las pruebas a los efectos de proteger asuntos de gobierno cuando su apertura pudiera afectar a los intereses públicos. Se incluyen, por ejemplo, secretos de Estado, secretos militares y asuntos sensibles de política exterior. Para que estas excepciones puedan utilizarse, el privilegio tiene que ser específicamente invocado y evaluado por un tribunal. Otro tipo de inmunidad es la que afecta al ejecutivo en su conjunto. Cuando se reclama tal inmunidad, un tribunal tiene que evaluar si el ejecutivo necesita que se mantenga la confidencialidad frente a la necesidad del demandante de contar con la documentación correspondiente. Como dijo el Tribunal Supremo en el asunto *United States v. Nixon*, esta inmunidad del Ejecutivo no es absoluta (Nixon argumentó que cuando un presidente reclama la aplicación del privilegio, la separación de poderes exige a los tribunales ser deferentes con dicha petición). El carácter confidencial de las comunicaciones entre miembros del Ejecutivo no es suficiente para rechazar las peticiones de apertura e información. Sin embargo, existe una presunción general a favor de las solicitudes de aplicación del privilegio, que se aplican por tanto auto-

**120.**

Excepciones  
a la apertura.

**121.**

Discovery process.  
Inmunidades.

máticamente salvo que la parte interesada pueda demostrar que el material es esencial para el derecho de defensa y un proceso limpio.

Existen otras previsiones en el sistema norteamericano para exigir claridad a las agencias. Resultan de lo establecido en dos leyes relevantes: la *Sunshine Act* y la *Federal Advisory Committee Act*.

**122.**  
Sunshine Act.

La primera de ellas fue aprobada en 1976 y se refiere a la apertura de las reuniones de las agencias al público. La *Sunshine Act* obliga que las agencias gobernadas por un órgano colegiado compuesto de dos o más miembros individuales anuncien sus reuniones con, al menos, una semana de antelación, y que abran al público el desarrollo de la reunión salvo que se dé una de las excepciones que aquella Ley establece. Se entiende por una reunión de agencia (*meeting of an agency*) cuando sus miembros se ocupan conjuntamente de los asuntos encomendados a la agencia. La regla no se aplica a las reuniones que son meramente consultivas. Las agencias se pueden reunir en régimen cerrado cuando concurre alguna de las excepciones que establece la FOIA en relación con la apertura de archivos. Pero en la *Sunshine Act* también hay excepciones específicas como las que tienen por objeto evitar posibles efectos en los mercados o instituciones financieras, o cuando los objetivos significativos de la agencia pueden verse frustrados, o cuando las reuniones tienen por objeto asuntos de investigación o de ejecución. Para que la reunión se celebre a puerta cerrada, es preciso el voto mayoritario de los miembros de la agencia.

**123.**  
Acceso a las  
sesiones de los  
órganos  
colegiados.

**124.**  
Federal Advisory  
Committee Act.

La *Federal Advisory Committee Act*, aprobada en 1972 y reformada en 1976, regula los comités consultivos que utiliza el presidente o una agencia a efectos de asesoramiento. Estos comités no son agencias, pero son grupos que tienen una función consultiva. La Ley citada les obliga a cumplir con los requerimientos de la *Sunshine Act* en relación con sus reuniones, y también la FOIA en relación con sus archivos. La *Federal Advisory Committee Act* ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional, en diversas ocasiones, por interferirse en la facultad del presidente de solicitar ayuda de ciudadanos privados, lo que se ha considerado contrario a la separación de poderes (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo *Cheney v. U. S. Dist. Court for Dist. of Columbia*, de 2004, estableció que el vicepresidente se puede resistir al cumplimiento del procedimiento de la mencionada ley, en razón a la división de poderes, sin necesidad de invocar ningún privilegio del ejecutivo).

En nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones de transparencia, deberes de información y derechos de acceso a los registros cuen-

tan con una regulación general que afecta a todas las Administraciones públicas, sin que haya singularidades reseñables para el caso de las comisiones reguladoras.

El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos se ha convertido en un derecho consagrado en el artículo 105.b) CE. La preocupación por la transparencia también ha sido objeto de polémicas comunitarias específicas que se exponen en el Libro Verde sobre la iniciativa europea a favor de la transparencia, aprobado por la Comisión el 3 de mayo de 2006.

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, la preocupación por la transparencia y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información ha sido objeto de un desarrollo intensivo en la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que amplía y refuerza una regulación ya apuntada en la legislación de procedimiento y régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en el sentido que ahora recordaremos:

— La transparencia es un deber de la Administración, que tiene que cumplir publicando en los diarios oficiales u otros instrumentos de publicidad, determinadas resoluciones, informes o documentos, en los términos que establece la legislación. Por ejemplo, el artículo 52 LRJAP establece que la Administración está obligada a publicar las disposiciones administrativas; también el artículo 60.1 establece la misma obligación en relación con los actos administrativos «cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento» y siempre que lo aconsejen razones de interés público. El artículo 37.9 de la misma Ley dispone que han de ser objeto de publicación «la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones públicas sujetos a un régimen especial de publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares». El párrafo 10 del mismo artículo somete a «publicación regular» las instrucciones y respuestas a consultas que los particulares u otros órganos administrativos formulen y que entrañen interpretaciones de Derecho positivo. Algunas normas sectoriales precisan el alcance de los deberes de información: por ejemplo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, regula los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la Justicia en materia de medio ambiente (artículos 6 a 9). El acceso a la información a través de medios informáticos o telemáticos es la materia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, etc. En este sentido, se proyecta también en la legislación

**125.**

*Artículo 105.b) CE.*

**126.**

*Transparencia como deber de la Administración.*

autonómica: Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración gallega, por ejemplo.

— La LRJAP se refiere separadamente a los derechos de información particular (con esta denominación en el artículo 3 del Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero). De este carácter son, en primer lugar, los que se ejercen en relación con un procedimiento administrativo y, por otro, los relativos al acceso a la información contenida en archivos y registros. La LRJAP garantiza en su artículo 35.a) y b) los derechos de los ciudadanos a conocer en cualquier momento «el estado de la tramitación» de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y «obtener copias» de los documentos contenidos en ellos; asimismo, «a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos». También puede ejercerse la información con ocasión del cumplimiento de los trámites de audiencia o de información pública (artículos 84 y 86 LRJAP). Puede ejercerse el derecho a la información particular mediante las consultas a la Administración, cuyo régimen y efectos prevén alguna norma, como la Ley General Tributaria, artículos 88 y 89, o el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, artículos 4 y 11.

— El acceso a los archivos y registros administrativos contemplado en el artículo 105.b) CE ha sido delimitado por los artículos 37 y 38 LRJAP, completado luego con algunas especialidades, como las que contempla la Ley 27/2006, de 18 de julio (que traspone la Directiva 2003/4/CE), sobre acceso a la información en materia de medio ambiente. También es especial por relación a esta legislación el derecho de obtener información de algunos órganos del Estado y, en especial, las comisiones reguladoras. El derecho de acceso se configura como un derecho de «los ciudadanos». Su objeto son los registros y los documentos que obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imágenes o el tipo de soporte material en el que figuren (artículo 37.1). La Ley establece reglas especiales para preservar la intimidad de las personas, y enuncia las excepciones al ejercicio del derecho de acceso o los supuestos en que su regulación se lleva a cabo por normas específicas (párrafos 5 y 6 del artículo 37). Los términos de estas excepciones son similares a los que pueden verse en la legislación comparada y, en particular, en la norteamericana que acabamos de analizar.

— La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ha sido dictada con el propósito de superar y completar las normas sectoriales que, como las que

**127.**  
*Derechos de información particular.*

**128.**  
*Acceso a los archivos y registros.*

acaban de ser recordadas, imponen a los organismos públicos obligaciones concretas de publicidad en diferentes ámbitos. Esta nueva Ley se aplica con carácter general a todas las administraciones, entidades, organismos, corporaciones, asociaciones o fundaciones vinculadas.

— Dichas obligaciones son de publicidad activa, que consiste en proporcionar toda la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad de los organismos obligados y su control. Este deber de información comprende todo lo concerniente a las funciones que desarrollan, la normativa que se les aplica y su estructura organizativa. También, la información de relevancia jurídica y económica que les afecta y que comprende, la jurídica, todas las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas; los anteproyectos de leyes y reglamentos y las memorias preparadas en los expedientes de dichos anteproyectos. La económica, los contratos, convenios, subvenciones, cuentas anuales, retribuciones de los altos cargos y máximos responsables de entidades, resoluciones concernientes a la compatibilidad que afecten a los empleados públicos, y declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales (artículos 5 a 8). La Ley crea un organismo especial de control para el cumplimiento de estas previsiones que es el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

— Por lo que concierne al derecho de acceso a la información, el artículo 12 de la Ley lo enuncia en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución, refiriéndolo a toda clase de documentos, con el límite de que no suponga un perjuicio para las instituciones y valores que relaciona el artículo 14 (defensa y seguridad nacional, relaciones exteriores, prevención, investigación y sanciones de ilícitos penales administrativos o disciplinarios, igualdad de las partes en los procesos, intereses económicos y comerciales, secreto profesional y propiedad industrial e intelectual, etc.) además, desde luego, de la protección de los datos personales contemplados por la Ley Orgánica 15/1999.

— La Ley establece el procedimiento para la solicitud de la información, que concluirá con una resolución concerniente al acceso, contra la que puede reclamarse ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con carácter potestativo y previo a la interposición de recursos contencioso-administrativos.

— La invocación de la transparencia se ha convertido en la legislación de la segunda década del siglo en una especie de muletilla que acompaña inevitablemente a toda la legislación económica: artículo 7

de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible; artículo 6 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; artículo 8 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, etcétera.

#### 4. LA CONTRIBUCIÓN PRIVADA A LA FORMULACIÓN DE ALGUNOS INSTRUMENTOS REGULATORIOS DE CARÁCTER NORMATIVO

##### A) La normalización

La regulación se desenvuelve en una supervisión continua de una determinada actividad, ordenándola y encauzándola tanto mediante decisiones de valor normativo como de otras de carácter ejecutivo que se refieren a la verificación o el control del cumplimiento de los requisitos previamente establecidos en las normas. Regulación no es, por tanto, un concepto equivalente al de reglamentación, sino que esta es siempre uno de los instrumentos de que se vale la función regulatoria.

El establecimiento de normas de origen privado, en las que se especifican las características técnicas, de seguridad, calidad, medioambientales u otras, a que deben atenerse las empresas y sus productos, supone una radical innovación en las prácticas más habitualmente implantadas en las Administraciones de los Estados europeos y, particularmente, en la española. Todo lo concerniente a la seguridad y calidad industrial había sido encomendado exclusivamente por la legislación, durante el siglo XIX y la mayor parte del siglo XX, a las Administraciones públicas. Correspondía a estas establecer las reglamentaciones correspondientes y verificar si los operadores privados se acomodaban a las normas establecidas en las mismas, control este que era, además, sucesivo, practicable durante toda la vida de la actividad industrial reglamentada.

El cambio de perspectiva supone encomendar a organizaciones privadas no solo la fijación de las normas técnicas a las que ha de atenerse la industria (a esta tarea se llama normalización, y se refiere inicialmente a las cuestiones de seguridad y calidad industrial, extendiéndose ulteriormente a otros muchos aspectos de la actividad económica), así como a la función de homologación, verificación, supervisión o control de que las actividades desarrolladas por los particulares se acomodan a aquellas normas.

En España el importante Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, es el primero que regula las actividades de normalización y de certifi-

#### 129.

*Normas privadas sobre seguridad, calidad, medioambientales.*

#### 130.

*Normas técnicas.*

cación industrial, cuya importancia para la actividad económica enfatiza su Preámbulo: advierte que en todos los países desarrollados se ha sentido la misma necesidad de asegurar «por un lado, la calidad de los bienes existentes en sus mercados para que los niveles de vida, la seguridad, la salubridad de los consumidores estén de antemano garantizados y, de otro, la de establecer en el ámbito de las relaciones comerciales directrices uniformes que evitasen costosas y difíciles negociaciones respecto de las características de las mercancías objeto del tráfico empresarial».

Pero el tránsito definitivo hacia la utilización de las nuevas técnicas aplicadas a la consecución de los objetivos señalados en el Preámbulo que se acaba de reproducir, se producirá en España a partir de la Ley de Industria de 16 de julio de 1992. El cambio de filosofía está también expresado en su Exposición de Motivos de un modo inequívoco. Subraya esta que en el campo de la seguridad industrial tienen una enorme importancia las actividades de normalización, homologación y certificación. Podrían estas ser desempeñadas por las Administraciones públicas, como había sido habitual en el Derecho Administrativo de todos los países europeos hasta recientemente. Sin embargo, advierte el Preámbulo que «el incremento y complejidad de las mismas en todos los países industrializados ha supuesto que estas funciones hayan pasado en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones públicas y laboratorios privados».

En el área europea, organismos privados de normalización empiezan a desarrollarse a partir de la I Guerra Mundial, teniendo una influencia reconocida, sobre todas las demás, las soluciones que se adoptan en Alemania. El *Normen Ausschutz der Deutschen Industrie* fue creado en 1917 y será el precedente histórico del importante *Deutscher Normen Ausschutz (DNA)*, que a su vez es el precedente inmediato de la actual *Deutsches Institut für Normung (DIN)*. En Francia siguió su ejemplo la *Association Française de Normalisation*, creada en 1926, y en Inglaterra, la *British Standards Institution* fue constituida en 1926.

Junto a los sistemas nacionales también empezaron a crearse y consolidarse asociaciones internacionales cuyo fin esencial es la normalización o estandarización. En Zurich se celebró en 1925 un Congreso, al que ya asistieron delegaciones de doce países, del que arrancan las negociaciones que concluirían en la constitución de la *International Federation of the Standardizing Association (ISA)*, que es el precedente de la actual *International Organization for Standardization (ISO)*.

**131.**

Normalización y certificación industrial.

**132.**

La importancia de la Ley de Industria de 1992.

**133.**

Origen de los organismos privados de normalización.

**134.**

Internacionalización.



La nueva ordenación de las funciones de normalización está, como antes se ha dicho, en el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, que destaca la importancia de aquellas funciones para la seguridad y la calidad de los bienes que se ponen en el mercado. Reconoce el impulso europeo para la transformación de estas actividades en España, especialmente en lo que concierne a su traspaso desde las Administraciones públicas, que las habían monopolizado esencialmente hasta entonces, hacia organizaciones privadas. Las actividades de normalización y certificación, dice el Preámbulo del Real Decreto citado, «se vierten progresivamente al campo de la actividad privada donde teoría y práctica indican que deben estar determinados aspectos» de aquellas actividades.

El motor del cambio serán, pues, las nuevas políticas comunitarias en materia de armonización de las condiciones técnicas de seguridad y calidad de los productos. Desde luego, junto a esta influencia europea directa tiene que reseñarse la que ejercen los acuerdos multilaterales establecidos a partir de la reunión de Tokio de 1979, para completar el acuerdo GATT, creando códigos de normas dedicados a los obstáculos técnicos al comercio. Transcurrido algún tiempo, fue la ronda Uruguay del GATT (concluida con la firma del acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994), en la que se decidió la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), donde se pondrá especial empeño en el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de las homologaciones y certificados que expidan los Estados partes, para reducir al máximo los obstáculos técnicos que perjudican el desarrollo del mercado internacional. Además de esta tarea de reconocimiento mutuo, se impulsa el desarrollo de la actividad de normalización internacional, encomendada fundamentalmente a la *International Organization for Standardization (ISO)*, que cobra un nuevo protagonismo a partir del acuerdo GATT de 1994.

Por lo que concierne, sin embargo, al área europea, que es de donde proviene la ideología favorable a la normalización basada en normas de origen privado establecidas por organismos acreditados, el problema concreto al que se pretende responder es, inicialmente, la eliminación de los obstáculos al comercio intracomunitario. En concreto, tales obstáculos resultaban de la existencia de reglamentaciones técnicas, aprobadas por cada uno de los Estados miembros, que establecían condiciones particulares, por razones de seguridad, de salubridad, de calidad, medioambientales, etc., para la fabricación y comercialización de los productos.

### 135.

*La influencia de los acuerdos en el marco del GATT y la creación de la OMC.*

### 136.

*La influencia de las políticas comunitarias de armonización.*

Lo que las instituciones comunitarias se proponen desterrar no son solo las restricciones cuantitativas a la importación o exportación, sino como dicen los artículos 28 y 29 del Tratado CE, también «todas las medidas de efecto equivalente». La explicación de este concepto se hizo pronto en la jurisprudencia comunitaria. En el famoso asunto *Dassonville* (Sentencia de 11 de julio de 1974), se estableció una definición que ha perdurado: medida de efecto equivalente es «toda reglamentación comercial de los Estados miembros, susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario».

La primera acción de la Comunidad para evitar que las reglamentaciones técnicas existentes en cada Estado miembro supusieran obstáculos al comercio intracomunitario fue producir una regulación centralizada, es decir, contenida en normas aprobadas por las instancias europeas, donde se establecieran criterios técnicos comunes. Este método de eliminar las restricciones al comercio intracomunitario dio lugar a la publicación de diversas Directivas en las que, sobre todo, se precisaba el concepto de «medida de efecto equivalente». La Directiva de 22 de diciembre de 1969, que es la última de este primer bloque de intervenciones comunitarias, explicaba con detalle la filosofía de aquel conjunto de medidas: definía los requisitos que habría de tener una medida para considerarse prohibida; sin embargo, no se oponía a la existencia de reglamentaciones técnicas establecidas por los Estados porque estos tenían, sin duda, competencia para dictarlas. Las disparidades podrían ser armonizadas mediante normas comunitarias. Pero, mientras la armonización se produjera, las reglamentaciones técnicas estatales podrían seguir siendo utilizadas, siempre que las restricciones a los intercambios comerciales no fueran excesivas respecto de los objetivos e intereses generales de ámbito comunitario. Las excepciones, es decir, los obstáculos que se seguían considerando compatibles con la libre circulación de bienes, eran los que terminaron agrupándose en la noción de «exigencias imperativas». Tales exigencias legitimaban a los Estados para mantener reglamentaciones técnicas o comerciales que afectaran negativamente al comercio intracomunitario, pero siempre que las restricciones respondieran a un fin o interés legítimo y, al tiempo, las medidas fueran las menos restrictivas para los intercambios.

En cualquier caso, en este primer período de desarrollo de la libertad de circulación de bienes, la Comisión insistió siempre en que la mejor política para evitar las peculiaridades nacionales era la armonización de las diferencias técnicas mediante Directivas comunitarias. Tal

**137.**

*La política comunitaria de armonizar mediante reglamentaciones técnicas.*

**138.**

*Excepciones y «exigencias imperativas».*

política, sin embargo, terminó fracasando y tuvo que ser parcialmente remozada para complementarla con la de reconocimiento mutuo de reglamentaciones. La vía que esta última técnica abría era no la eliminación de las reglamentaciones ni su sustitución por normas únicas europeas, sino el reconocimiento general de las mercancías y productos fabricados conforme a las normas dictadas y a las certificaciones emitidas por cualquiera de los Estados miembros. El cambio lo propició fundamentalmente una Sentencia del Tribunal de Justicia que es central en la historia de la jurisprudencia europea, la Sentencia *Rewe-Zentral A. G.*, conocida habitualmente como la Sentencia *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979. La política de armonización recibe ahora una iluminación nueva. Tiene que basarse en la confianza recíproca entre los Estados. Esta orientación es la que se denominará «nuevo enfoque», concretado inmediatamente en la resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, concerniente a una nueva aproximación en materia de armonización técnica y normalización. Los criterios centrales de esta nueva política serán los siguientes: primero, las exigencias mínimas de seguridad serán establecidas por las instituciones europeas (normalmente a través de las «directivas nuevo enfoque»), que, en segundo lugar, remiten a las especificaciones técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización bajo mandato de la Comisión. Estas serán las «normas técnicas armonizadas» (que son especificaciones técnicas adoptadas por un organismo europeo de normalización, con arreglo a un mandato de la Comisión de conformidad con los procedimientos establecidos por la Directiva 98/94/CE —modificada por la Directiva 98/48/CE—, a quienes se encomienda que elaboren las especificaciones técnicas cuya observancia no es obligatoria). Se destaca así la importancia de la técnica de la «remisión a normas». Tal operación remisoria debe permitir superar la lentitud y las complejidades formales de la armonización de detalle a través de directivas comunitarias, para utilizar las normas establecidas por organismos externos a las instituciones comunitarias, organismos de base privada fundamentalmente.

A escala europea la nueva política reclamará el desarrollo inmediato de organismos competentes en materia de normalización. Serán fundamentales el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI).

El éxito fulgurante de la política de «nuevo enfoque» animará a dar el paso siguiente hacia un último desarrollo constituido por el denominado «enfoque global». Añade a la normalización la fijación de una

**139.**

La Sentencia *Cassis de Dijon* de 1979 y la política de «nuevo enfoque».

**140.**

Organismos europeos de normalización.

serie de alternativas con las que los empresarios y fabricantes podrán acreditar más fácilmente en lo sucesivo el cumplimiento de las especificaciones obligatorias establecidas en las directivas de nuevo enfoque. Esta acreditación se hará en el marco de procedimientos denominados «módulos de certificación de conformidad», cuyo cumplimiento podrá incluso atestigüarse mediante el «marcado "CE" de conformidad».

### B) Efectos jurídico-públicos de las normas técnicas y otras actuaciones privadas en materia de seguridad y calidad

Siguiendo las mismas distinciones que las medidas europeas que hemos descrito establecieron, la primera regulación legislativa sistemática y detenida que se lleva a cabo en España del nuevo instrumental jurídico (que es la que contiene la Ley de Industria de 1992), distinguirá entre normas de origen público y de carácter obligatorio y normas de origen privado, dictadas por organismos de normalización y de asunción voluntaria. Las primeras son las denominadas reglamentaciones o reglamentos técnicos, también especificaciones, nociones todas vecinas de la de *standard* que se utiliza en la práctica anglosajona para el mismo tipo de intervenciones. El artículo 8, apartado 4.º, de la Ley de Industria, dice que un reglamento técnico es «la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio, a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o autorización». Naturalmente, estos reglamentos configuran y, en su caso, limitan muy seriamente la libertad de empresa, la propiedad y otras facultades vinculadas a los derechos individuales. Por tanto, en nuestro Derecho, y por exigencia directa de la Constitución (artículo 53), tendrían que contar con una habilitación expresa en una norma con rango de ley. Pero, dado que sería imposible, o, al menos, bloqueante, trasladar al legislador la fijación, caso por caso, de los criterios técnicos mínimos a que tienen que atenerse los reglamentos técnicos, la Ley de Industria ha utilizado un criterio genérico (también con la finalidad de salvar las reservas de ley había sido utilizado por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 18 de julio de 1984, al referirse a los contenidos de los reglamentos de los diferentes productos; ahora en el Texto Refundido de la aludida Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 10 de noviembre) consistente en fijar el esquema regulatorio a que tienen que atenerse los reglamentos de seguridad: han de ocuparse de las condiciones técnicas y requisitos de seguridad de las instalaciones, equipos, procesos y productos; medidas de prevención, limitación y cobertura de riesgos, condiciones de equipamiento, medios,

#### 141.

*Normas de origen público obligatorias y normas privadas de asunción voluntaria.*

#### 142.

*La habilitación de los reglamentos técnicos.*

capacidad técnica y autorizaciones exigidas a las personas y empresas que intervienen en los proyectos, etc. (artículo 12.1).

Las reglamentaciones técnicas obligatorias, aprobadas por las Administraciones públicas, cuyas características acaban de describirse, se han desarrollado fundamentalmente en el campo de la seguridad industrial. A su lado, se ha producido la eclosión de la actividad de normalización que es de origen esencialmente privado. Esta es una manifestación genuina de la autorregulación.

Siguiendo el modelo más extendido en Europa, que debe su inspiración al *Deutsches Institut für Normung (DIN)*, la normalización se lleva a cabo por organizaciones con competencias multisectoriales, que son de origen privado aunque existe sobre ellos un control e intervención pública cuya intensidad varía según el país. El importante Reglamento para la infraestructura de la calidad y seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, define los organismos de normalización como «entidades privadas sin ánimo de lucro cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto de determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos» (artículo 8).

Para obtener la condición de «organismo de normalización» es necesario el reconocimiento de la «administración competente en materia de calidad y seguridad industrial» (artículo 9.1 del Reglamento citado), para lo que es necesario acreditar que se reúnen las condiciones técnicas, financieras y organizativas necesarias, así como aceptar el sometimiento a las importantes funciones de control que la Administración pública se reserva (se incluye en esta intervención incluso la participación en los órganos de gobierno de la entidad de normalización). La única entidad autorizada para dictar normas técnicas en los distintos sectores productivos es la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), reconocida por Orden de 26 de febrero de 1986.

Para la elaboración de las normas por el organismo de normalización no existe en España un procedimiento regulado con detalle, aunque sí, además de la normativa interna de AENOR, algunas reglas establecidas en el Real Decreto de 1995, antes citado, y también en el Real Decreto de 25 de julio de 1999, que regula el procedimiento para la remisión de información a la Comunidad Europea en materia de normas técnicas.

La propia entidad de normalización debe formular un Programa Anual de Normas que presentará a la Administración para su inclusión en el Plan Anual de Normalización Española. Pero también pueden

**143.**  
Organismos  
de normalización.

**144.**  
Habilitación como  
organismo  
de normalización.

**145.**  
Elaboración  
de las normas.

provenir otras iniciativas de cualquier órgano de la Administración o de otras entidades interesadas. Cualquier proyecto de norma tiene que encontrar, en primer lugar, un consenso básico sobre su contenido en el seno del Comité Técnico de Normalización Sectorial que aprobará al cabo un «Proyecto de Norma Española» (PNE). Se remite este a la Administración para que abra un período de información pública. Con las alegaciones recibidas se podrán introducir modificaciones, antes de pasar al trámite siguiente que será el envío a la Comisión Europea de los proyectos y programas. Esta a su vez oirá la opinión de los organismos europeos de normalización que podrán formular los comentarios que crean convenientes. A partir de todas estas observaciones, el Comité Técnico de Normalización aprueba una «propuesta de norma UNE». Mensualmente AENOR remite a la Administración la relación de normas aprobadas y anuladas. La relación se publica en el *Boletín Oficial del Estado*.

El recurso a normas privadas, iniciado en el área de la seguridad y calidad industrial, se ha extendido inmediatamente, con éxito no menor, a otras áreas de la actividad económica de relevancia pública. Destacaremos la intervención en materia de medio ambiente, de telecomunicaciones y la ordenación del mercado de valores.

En cuanto a la primera, destaca la regulación de la llamada auditoría ambiental y la gestión ecológica de las empresas. Con carácter general, el Reglamento (CE) 761/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 19 de marzo de 2001 —modificado por el Reglamento 196/2006, de 3 de febrero—, permite la adhesión voluntaria a cualquier clase de organizaciones (se incluyen, por tanto, toda clase de compañías, sociedades, firmas, empresas, autoridades o instituciones, sean públicas o privadas: artículos 2 y 3) al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (denominado sistema EMAS, siglas que proceden de la denominación inglesa «eco-management and audit scheme»). La primera regulación de esta materia procede del Reglamento de 29 de junio de 1993, cuyo propósito era incentivar a las empresas para que aplicaran fórmulas de gestión y auditoría medioambientales. En España la incorporación del sistema EMAS se estableció a partir de los Reales Decretos de 28 de diciembre de 1995 y de 26 de enero de 1996.

Para la aplicación de esta reglamentación medioambiental, cada uno de los Estados miembros ha de establecer un sistema destinado a acreditar verificadores medioambientales independientes y a supervisar sus actividades. Una acreditación implica la posibilidad de actuar en todo el territorio comunitario. La organización del sistema de eco-

**146.**

*Programas anuales y proyectos de normas.*

**147.**

*Extensión del recurso a normas privadas a otros ámbitos y sectores de relevancia pública.*

**148.**

*Medio ambiente: EMAS.*

**149.**  
*Verificaciones y  
ecoauditorías.*

gestión y auditoría europeo se hace de modo descentralizado, atribuyéndose la responsabilidad directa de su aplicación a entidades establecidas en los Estados miembros. En particular, en España, el mencionado Real Decreto de 26 de enero de 1996 encomendó al Estado y a las Comunidades Autónomas designar entidades de acreditación. En el propio Real Decreto se designaba como tal la «Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)» (esta designación fue declarada contraria al sistema de reparto de competencias por la STC 33/2005, de 17 de febrero, «al vulnerar las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia de medio ambiente»). Esta entidad se constituyó cumplimentando los requisitos establecidos en la Ley de Industria de 1992 y en el Reglamento para la infraestructura de la calidad y seguridad industrial de 1995, ya citados. El Reglamento EMAS define al verificador ambiental como toda persona u organización independiente de la organización objeto de la verificación, que haya obtenido una acreditación de acuerdo con las normas y procedimientos establecidos en el propio Reglamento. Una vez designada administrativamente la ENAC, ella a su vez ha acreditado sucesivamente a otros verificadores medioambientales (AENOR, entre ellos).

El comportamiento ecológico de las empresas y su posterior verificación por los organismos acreditados se atiende, de modo voluntario, a normas que están, parcialmente, establecidas por el propio Reglamento comunitario que regula el sistema EMAS. Tales reglas tienen en cuenta las normas ISO 9000. Y todo ello se completa por códigos de prácticas y por otras normas técnicas de detalle elaboradas por los organismos de normalización (en el área europea fundamentalmente el denominado Centro Europeo de Normalización-CEN). A mayor uniformización a escala europea es más fácil que pueda evitarse una fragmentación de la normalización de la que pudieran resultar obstáculos comerciales en el ámbito comunitario europeo. A su vez, los organismos europeos de normalización se atienden, como se ha dicho, a los trabajos desarrollados en el marco de la ISO. Particularmente la serie ISO 14000 comprende un conjunto de normas especializadas en materia medioambiental.

Los dos Reales Decretos citados de 1995 y 1996 regularon en España los requisitos que deben reunir los organismos de verificación que deben comprobar la exactitud de declaraciones e informaciones que formulan las empresas en el marco del sistema de ecoauditorías y gestión ambiental. Sus normas están sometidas a continuas adaptaciones y complementos procedentes del derecho de la Unión Europea. Un ejemplo es el ulterior Real Decreto 239/2013, de 5 de abril.

Las empresas acogidas al sistema formulan declaraciones ambientales que son verificadas por los indicados organismos en el marco de procedimientos a los que aludiremos inmediatamente.

El recurso a normas técnicas elaboradas por organismos especializados de base privada se ha desarrollado también rápidamente en el sector de las telecomunicaciones. Un supuesto tipo de aplicación obligatoria de las normas técnicas de origen privado lo ofrecía la Directiva 91/263/CEE, de 29 de abril de 1991, del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. Esta regulación ha desaparecido actualmente del ordenamiento jurídico, de modo que no existe una remisión obligatoria a normas técnicas, sino que se aplica también en este ámbito la técnica del «nuevo enfoque». La normativa comunitaria aplicable es la que contiene la Directiva 1999/5/CE, de 9 de marzo, que contiene unas exigencias esenciales obligatorias (artículo 3), cuyo cumplimiento puede hacerse a través de normas armonizadas, que no son obligatorias, pero que gozan de la presunción de conformidad característico del sistema de nuevo enfoque (artículo 5).

En la ordenación del mercado de valores también se ha recurrido a técnicas de autorregulación mediante normas de origen privado, práctica de las que son excelente ejemplo los denominados reglamentos internos de conducta. Tienen estas normas el propósito principal de proteger a los inversores evitando conflictos de intereses y la fuga de información complementaria. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores impone con carácter general a los que realizan actividades en dicho mercado la obligación de atenerse no solo a las reglas de conducta establecidas en la propia Ley y a los códigos generales de conducta que puedan establecerse con carácter general (cfr. sobre ello el Real Decreto 629/1993), sino también las normas «contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta». Estas autorregulaciones son singulares sobre todas las demás porque, según prevén las normas que se remiten a ellas (Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 y Real Decreto 629/1993 citado), es posible incluso la imposición de sanciones por la infracción de las reglas establecidas en las mencionadas normas internas (al modo de lo que permite la regulación de los colegios profesionales por infracción de normas deontológicas, pero con la notabilísima especialidad de que las infracciones en el caso del mercado de valores trascienden el ámbito de una organización concreta y se aplican por una Administración externa y pública,

**150.**

*Las normas técnicas en el sector de las telecomunicaciones.*

**151.**

*Reglamentos de conducta y buenas prácticas en el mercado de valores.*



que se sitúa, en principio, fuera del ordenamiento particular de las organizaciones sancionadas).

Las normas técnicas elaboradas por los organismos de normalización son voluntarias, como ya se ha dicho. Esta es la regla cuya fundamentación resulta, en principio, muy fácil de explicar. Las normas técnicas expresan reglas extraídas de la experiencia o de las aplicaciones científicas o técnicas más contrastadas, elaboradas por organismos privados no dotados de potestades para obligar a su cumplimiento. Cuando las especificaciones o reglamentaciones técnicas son aprobadas por Administraciones públicas son normas jurídico-públicas y, en este caso, sí tienen la fuerza vinculante que se deriva de su carácter de reglamentación administrativa.

La distinción es clara y, como antes vimos, la Ley de Industria la recoge exactamente. No obstante, la distinción entre lo público-obligatorio y lo privado-voluntario en el ámbito de la normalización industrial no puede llevarse a extremos de total separación y diferenciación porque, en la práctica, por diversas razones que explicaremos ahora, las dos fuentes de producción de normas tienden a unirse y, por otro lado, la vinculación de sus contenidos suele producirse incluso en supuestos en que las normas de origen privado no han sido publicadas.

Aclaremos, primero, esta última cuestión: a pesar de que la voluntariedad de las normas técnicas es uno de sus principios definitorios, la falta de obligatoriedad no significa que aquellas carezcan siempre de efectos económicos y jurídicos inmediatos. Considérese que establecen requisitos de calidad, sanitarios, medioambientales y otros cuyo cumplimiento favorecerá, sin ninguna duda, el intercambio de los productos, su comercialización, su aceptación por el público. Al contrario, quienes no se atengan a dichas normas podrán apreciar una menor respuesta del mercado, una probable discriminación de sus productos. Esta apreciación, obvia en la práctica, ha dado lugar a la progresión de lo que E. MALARET ha denominado la «obligación difusa», o al crecimiento de la «obligatoriedad fáctica» (V. ÁLVAREZ GARCÍA). Hasta tal punto es importante este fenómeno que la Comunidad Europea ha llegado a regularlo. En la Directiva 83/189/CEE (sustituida en la actualidad por la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, modificada a su vez por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio), se estableció el concepto de reglamentación técnica obligatoria de facto. Tienen esta naturaleza «las especificaciones técnicas, incluidas las disposiciones administrativas, que sean de aplicación y cuyo cumplimiento sea obligatorio de iure o de facto, para la comercialización o la utilización en un Estado

### 152.

*De la voluntariedad a la obligatoriedad de las normas privadas: técnicas jurídicas de conversión.*

### 153.

*Obligatoriedad «difusa» y «fáctica».*

miembro...» (artículo 1.5). En la Directiva citada (modificada por la Directiva 94/10/CE, de 23 de marzo de 1994), se incluían entre los reglamentos técnicos de facto, tanto las disposiciones reglamentarias o administrativas como las especificaciones técnicas, códigos profesionales u otros requisitos «cuyo cumplimiento otorgue una presunción de conformidad a las prescripciones fijadas por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas». Se incluyen los acuerdos y especificaciones voluntarios. El concepto de reglamento técnico está regulado en Derecho comunitario por el artículo 1.11 de la Directiva 98/34/CE citada, redactado de nuevo por la Directiva 98/48/CE.

La cuestión de la obligatoriedad de facto, del carácter vinculante de hecho que puede tener una reglamentación privada que no tiene fuerza jurídica de obligar, es una manifestación relevante de un fenómeno de más amplias dimensiones que se extiende también por otras áreas del Derecho y, en general, concierne a nuevas formas de entender las relaciones entre el Estado y la sociedad.

Los europeos continentales, bajo influencia de las concepciones constitucionales francesas, hemos vivido durante los últimos doscientos años creyendo sin el menor titubeo, de modo tan incondicional, en la capacidad del legislador para ordenar la convivencia, que hemos esperado que la ley regule cualquier aspecto de la actividad económica o social. La situación no ha cambiado radicalmente en Europa, atestada hoy de legisladores (comunitarios, estatales, regionales) con una incontenible capacidad de producción normativa. Pero la fe absoluta en la capacidad reguladora de esta clase de normas públicas sí ha cedido. De ello no solo es un ejemplo la producción privada de normas que, de facto, tienen que ser atendidas por quienes pretendan actuar en el sector considerado por dichas normas, sino también el creciente recurso por parte de los propios organismos públicos a instrumentos no normativos para orientar con ellos el comportamiento de las iniciativas privadas o a efectos de desarrollar las propias políticas públicas. No son siempre necesarias, para ello, las normas vinculantes.

Las distancias entre lo obligatorio y lo voluntario se han reducido por las razones explicadas. Quien no sigue declaraciones y normas voluntarias no solo se arriesga a que sus productos no sean bien recibidos por consumidores o a quedar desplazado de las orientaciones económicas que están dispuestos a apoyar los poderes públicos, sino que también se queda al páiro de la cobertura que las normas y declaraciones no obligatorias dispensan en los mercados actuales. Atenerse o no a una norma que, aunque no obligatoria, ha sido aprobada por un organismo autorizado, donde se resumen las mejores operaciones técnicas y de

**154.**

*Reglamentaciones técnicas obligatorias de facto.*

**155.**

*Cambios de concepciones sobre la producción normativa.*

experiencia, puede ayudar o no a tener cobertura objetiva de que el comportamiento del empresario ha sido correcto, lo cual es principalísimo desde el punto de vista de la gestión de los propios riesgos.

Pero desde otra perspectiva jurídica es muy importante la conversión y conmutación continua entre las declaraciones y normas vinculantes y las que no lo son.

Quienes han estudiado la articulación entre reglamentaciones públicas y normas técnicas privadas (ÁLVAREZ GARCÍA, CARRILLO DONAIRE, IZQUIERDO, ESTEVE PARDO, entre otros), han precisado que se produce de las dos siguientes maneras principales: primera, el reglamento público o administrativo se remite a una concreta norma privada, ya existente, que identifica concretamente; en virtud de esta remisión, el contenido de la norma privada es atraído por la reglamentación pública, con lo que aquella gana toda la fuerza vinculante que tiene esta, fuerza que, salvo que la remisión se renueve y amplíe, no tendrá las modificaciones que, ulteriormente, puedan hacerse en la norma privada. La segunda alternativa básica es también remisoria pero varía de la anterior en cuanto que no se produce un reenvío a lo que establezca una norma privada concreta ya dictada, sino a una norma y sus posibles modificaciones, y también mediante la apelación incondicionada a normas privadas futuras, o remitiéndola, también en general, «a la mejor tecnología disponible» o al «estado de la técnica». Las primeras remisiones serían rígidas, las de la segunda clase abiertas y flexibles. Unas u otras pretenden el mismo efecto de convertir en públicas normas privadas y, sobre todo, hacerlas obligatorias y vinculantes.

Consideraremos ahora los principales problemas jurídicos que estas operaciones de transformación presentan:

1.º La remisión rígida produce, sin duda, el efecto de que reglas contenidas en una norma privada pasen a una reglamentación pública, con todos los efectos jurídicos que ello necesariamente comporta. La reglamentación administrativa presta toda su validez y sus efectos a las normas de origen privado que se han transformado en públicas. Como el dominio sobre el contenido de la norma obligatoria no lo pierde nunca el remitente (que no delega, en verdad, sino que recibe como propia una regulación o parte de ella que ha sido elaborada por un organismo privado), la única objeción que puede oponerse a estos reenvíos es que no pueden servir para excluir de la tramitación que las leyes imponen al ejercicio por la Administración de la potestad reglamentaria (particularmente, en la actualidad, en la Ley del Gobierno de 27 de diciembre de 1997) de parte del contenido de un reglamento.

### 156.

*Articulación  
entre regla-  
mentaciones  
públicas y normas  
técnicas privadas.*

### 157.

*Remisiones rígidas.*

Ocurriría esto si, al tiempo que se tramita la norma de reenvío, no es conocida, no está publicada o no se presenta, por cualquier razón, completo el conjunto normativo que forman la norma remitente y la recibida por reenvío. Se excluiría de esta manera, como decimos, una parte de una disposición vinculante de la tramitación prescrita, lo que sería una vulneración del procedimiento que acarrearía su nulidad (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.º Las remisiones abiertas o flexibles, además del anterior, plantean otros problemas más agudos. Como en estos casos la remisión es en blanco, o puede serlo, es decir, sin condicionar ni predeterminar el contenido de la norma remitida, la primera cuestión que se suscita es que nos encontramos aparentemente ante verdaderas cesiones del poder reglamentario para entregárselo a un organismo privado. En nuestro ordenamiento este tipo de encomiendas han solido calificarse de delegaciones. La cuestión es, por tanto, la de concretar si, partiendo de que estemos ante verdaderas delegaciones (la doctrina española ha sido hasta ahora unánime al caracterizar de este modo el ejercicio privado de funciones de reglamentación), estas operaciones son admisibles de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Las leyes vigentes parecen cerrar del todo la posibilidad de delegar potestades reglamentarias a favor de los particulares. Partiendo de que la competencia es irrenunciable, tiene que ser ejercida por los órganos que la tienen atribuida como propia, salvo que las leyes autoricen su delegación o avocación (artículo 12 de la Ley 30/1992). Considerando que está expresamente prohibida la delegación de competencias para la «adopción de disposiciones de carácter general» [artículo 13.2.b) de la misma Ley citada], y que el artículo 20.3 de la Ley del Gobierno aún remacha que no pueden delegarse las competencias «atribuidas directamente por la Constitución» (entre las cuales, por tanto, la potestad reglamentaria que atribuye directamente al Gobierno el artículo 97 CE), la conclusión es bastante poco favorable a la incorporación de sujetos privados al ejercicio de la función reglamentaria.

Sin embargo, todas las restricciones expresadas están contenidas en leyes ordinarias que, desde luego, no se imponen a otras leyes que autoricen otras formas de ejercicio de la potestad reglamentaria. De hecho, esta es la práctica. Aunque la Constitución atribuye la potestad reglamentaria solo al Gobierno (artículo 97) no excluye que las leyes puedan asignar potestades normativas específicas a otros sujetos públicos. Ya hemos estudiado este fenómeno más atrás al tratar de las potestades normativas de las autoridades independientes y a lo dicho

**158.**

*Remisiones  
abiertas y flexibles.*

**159.**

*¿Delegaciones  
normativas en favor  
de particulares?*

**160.**

*La ordenación  
constitucional  
de la potestad  
reglamentaria  
¿permite su  
atribución a sujetos  
privados?*

nos remitimos ahora (sobre la legitimidad de la atribución de potestades reglamentarias al Banco de España, por ejemplo, STC 135/1992, de 5 de octubre).

Pero concluamos que la interpretación de la Constitución inequívocamente asentada en nuestro sistema es que las leyes pueden encomendar el ejercicio de funciones normativas a otros órganos distintos del Gobierno. A nuestro juicio, no hay en estas operaciones delegación de ninguna clase sino atribución directa de la potestad reglamentaria dentro de un marco constitucional que no prohíbe a la ley delimitar su ejercicio y asignar competencias de contenido normativo a órganos distintos del Gobierno.

**161.**

*Reconocimiento de poderes normativos a sujetos privados.*

La atribución desde la ley de esta clase de potestades a organismos privados plantea, desde luego, el problema añadido de saber si la Constitución permite que pueda encomendarse la potestad de dictar normas vinculantes a los particulares. No es decisiva la objeción de que los organismos privados presentan un déficit de legitimación democrática que les inhabilitaría para ejercitar potestades tan relevantes (V. ÁLVAREZ GARCÍA se ha opuesto con razón a este argumento, sostenido en Alemania especialmente por OSSENBÜHL). La legitimación para ejercer potestades públicas, como hemos explicado también más atrás al tratar de las autoridades o agencias independientes, no procede siempre y necesariamente del juego de las mayorías. Hay que tener en cuenta la posición de grupos concretos y minorías que, además de en la ley, legitiman sus actuaciones con una gran apertura a la participación de todos los interesados en los procedimientos de decisión. La Constitución no se opone a que pueda encomendarse la función de dictar normas de carácter vinculante a sujetos privados. Además de que contempla específicamente un supuesto de esta clase (artículo 37.1 CE en relación con los convenios colectivos), no se encontrará ninguna prohibición de que el legislador, al determinar «las fuentes del Derecho» (artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE), señale algunas no previstas en la Constitución (de hecho en el artículo 1 del Código Civil se citan algunas que no lo están, como la costumbre o los principios generales del Derecho). Desde luego, nada se opondría al reconocimiento desde la ley de potestades normativas a sujetos privados, enmarcando, concretando y especificando los supuestos en que ha de ejercerse, es decir, respetando, en todo caso, la potestad reglamentaria general que tiene el Gobierno o, en el ámbito de sus respectivos intereses, la que se atribuye a los poderes basados en la consagración constitucional de autonomías territoriales.

**162.**

*Remisiones nulas.*

3.º De lo expuesto se concluye que una remisión hecha desde un reglamento técnico a las normas establecidas por un organismo privado de normalización, cuando implica una delegación o encomienda de funciones normativas no previstas y delimitadas en las leyes, resulta contrario a la Constitución y las leyes que regulan el ejercicio de las potestades reglamentarias. A la vista de que, en la actualidad, la Ley de Industria (artículo 12.5) atribuye en exclusiva las competencias para aprobar reglamentaciones técnicas obligatorias al Gobierno, lo común es que los estudios sobre la normalización (ÁLVAREZ GARCÍA, CARRILLO DONAIRE, IZQUIERDO) concluyan en que las remisiones flexibles o abiertas son delegaciones, o «subdelegaciones», no permitidas de la potestad reglamentaria, resultando, por tanto, ilegales.

4.º Pretender que tenga carácter obligatorio una norma de elaboración privada, en virtud de una remisión genérica hecha desde una reglamentación administrativa, supone, en principio, que el procedimiento para elaborar del conjunto constituido por la norma privada y la reglamentación pública que le da fuerza general de obligar es distinto del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general establecido hoy en la Ley del Gobierno. Ello no es imposible si las leyes lo permiten. Existen procedimientos especiales, por ejemplo, para la aprobación final de normas elaboradas por los colegios profesionales o para la aprobación definitiva de los planes de urbanismo. Por tanto, si una ley estableciera un procedimiento especial para la aprobación de las reglamentaciones técnicas nada habría que objetar tampoco.

5.º Sin embargo, es posible enfocar de otra manera las relaciones entre las reglamentaciones públicas obligatorias y las privadas voluntarias. En la abrumadora mayoría de los casos, estas últimas normas emergen directamente de la iniciativa, propia o estimulada por terceros, de los organismos de normalización. La norma técnica así dictada no precisa ni habilitación ni delegación especial de ninguna clase para aprobarse válidamente y ser utilizada en las relaciones industriales y comerciales. Cuando una reglamentación técnica, aprobada por la Administración, pretende completar sus determinaciones remitiéndose a una norma privada, habrá que entender que esta gana fuerza de obligar cuando se cumplen todos los requisitos constitucionales y legales que hemos venido indicando. Pero, si no concurren, la norma técnica privada sigue manteniendo su validez y la obligatoriedad de facto, a la que ya hemos aludido, con todas sus importantísimas consecuencias para la ordenación de la actividad empresarial en el sector correspondiente. Es posible que esta situación de voluntarie-

**163.**  
*Vulneración  
de los  
procedimientos de  
elaboración de  
normas.*

**164.**  
*Relaciones entre  
normas públicas y  
privadas.*

dad baste para la aplicación de técnicas de comportamientos de experiencia, de modo que el reglamento público no pretenda incorporar la norma privada y proclamar su obligatoriedad, sino que se abstenga de fijar otros pormenores regulatorios que, de facto, habrán de ser atendidos por quienes produzcan bienes o servicios en ese concreto sector de la economía.

Por supuesto que si, además, las normas privadas proceden o son acogidas por corporaciones o agrupaciones establecidas para velar por los intereses de grupos profesionales, o de sectores empresariales completos, o por empresas concretas, podrán tener un valor reforzado dentro de esos grupos o empresas, sobre todo para disciplinar las conductas profesionales o mercantiles. Solo de esta manera es posible explicar y admitir jurídicamente que las reglas establecidas en normas de origen privado puedan servir de pauta —al menos interpretativa— para la aplicación de sanciones (así, por ejemplo, las reglas de las normas deontológicas establecidas en los Colegios profesionales, o los Reglamentos Internos de Conducta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores) por parte de las Administraciones competentes.

## 5. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DISCIPLINAN EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES Y SU CONTROL

La regulación es una potestad administrativa que, como todas, cuando incide en los derechos de los ciudadanos puede implicar una ampliación de su situación favorable para mejorar su disfrute o proveer prestaciones nuevas que facilitan su ejercicio o el bienestar de sus titulares, como ocurre con todas las regulaciones que afectan a los servicios de interés general, o también pueden suponer limitaciones de los mismos.

Cuando la regulación implica medidas de esta última clase, los principios a que ha de atenerse la actuación del regulador resultan de la aplicación de la regulación constitucional tanto de las potestades públicas como de las garantías de los derechos que, en su mayor parte, tenemos ya estudiadas a lo largo de esta obra.

Cualquier decisión regulatoria de carácter limitativo tiene que tener un amparo suficiente en la legalidad. Le corresponde al legislador la regulación esencial de toda clase de derechos, porque rige en nuestro ordenamiento el valor superior de libertad (artículo 1.1) que exige que tanto el contenido como las limitaciones de los derechos estén programados por las leyes y, en la medida en que ellas lo autoricen, por otras normas de valor reglamentario, que son las que están al alcance de los

poderes administrativos reguladores. Además, como tiene establecido el Tribunal Constitucional desde su Sentencia de 16 de noviembre de 1981, no es posible que el legislador deje en manos de la Administración reguladora la plena libertad para decidir la posibilidad de someter el ejercicio de los derechos a cualquier clase de limitaciones o trabas que supongan la negación misma de la libertad. Han de tenerse en cuenta principios como los de interpretación restrictiva de las normas limitadoras (Sentencia del TS de 15 de marzo de 1982, entre muchas), proporcionalidad (Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 13 de mayo de 2003, *Comisión v. España*), y otros que ha destacado la jurisprudencia reiteradamente que imponen utilizar medios restrictivos de las libertades solo cuando no existan otros con los que se pueda alcanzar la misma finalidad; emplear las prerrogativas públicas de acuerdo con el principio de proporcionalidad; establecer las condiciones de ejercicio de los derechos, cuando resulten limitados por una regulación, de modo claro y predecible, etc.; estas exigencias tienen una expresión concreta muy clara en la regulación que ha establecido la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. Utiliza como instrumentos regulatorios la autorización previa, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas, y considerando que las autorizaciones implican intervenciones administrativas preventivas, entiende que son más restrictivas de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios que las otras dos, de manera que se inclina por situar las autorizaciones en un nivel no preferente si se pueden emplear para la misma finalidad las declaraciones responsables o las comunicaciones previas. No excluye, sin embargo, totalmente, que puedan establecerse por los legisladores autorizaciones previas al acceso a una actividad, pero ha de justificarse que el objetivo perseguido o puede conseguirse mediante una medida menos restrictiva y, además, el régimen establecido debe ser proporcionado, claro, transparente y accesible.

Un problema recurrente y grave que suelen plantear las decisiones regulatorias generales, especialmente las de carácter normativo, es el de su sustitución por otras nuevas impredecibles. Los cambios de regulación afectan severamente a los operadores que actúan en sectores regulados, como bien se comprende, porque perjudican los programas de inversión y desarrollo que hayan podido establecer, así como sus estrategias empresariales y de competencia. Mucho más cuando el regulador les ha permitido adquirir la confianza legítima en la estabilidad de la regulación. Sin perjuicio de la posibilidad de obtener indemnizaciones por responsabilidad ante el cambio regulatorio, por aplicación del indicado principio de confianza legítima resulta

**166.**  
*Predecibilidad y  
claridad.*



**167.**  
*Buenas prácticas  
regulatorias.*

imprescindible que los reguladores ajusten sus decisiones a las prácticas más idóneas para no producir dichos perjuicios y defraudaciones de la confianza de los mercados. La Comisión Nacional de la Competencia publicó en 2008 unas «Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia» en las que se abordan algunos de estos problemas esenciales. Considera la Comisión que la regulación es eficiente cuando la consecución del objetivo que la norma persigue se alcanza mediante un ejercicio regulador que impone las mínimas restricciones posibles a la actividad económica. Esa eficiencia impone que se respeten los principios de: a) necesidad y proporcionalidad; b) mínima distorsión; c) eficacia; d) transparencia, y e) predecibilidad. La labor regulatoria, de acuerdo con las indicadas recomendaciones, tiene que desarrollarse acomodándose a las siguientes prácticas: a) concretar claramente, como parte del articulado de cada norma, el objetivo que pretende; b) someter los proyectos a consulta pública, para lo cual es preciso desarrollar con la mayor meticulosidad los procedimientos de audiencia e información pública; c) cuando se trata de proyectos de liberalización e introducción de competencia en un determinado sector, es preciso que una planificación se anticipe a la formulación del proyecto; d) coordinación entre las Administraciones cuando existan varias con competencias normativas o de ejecución; e) fijación de plazos concretos para la ejecución reglamentaria de las normas; f) establecimiento de reglas derogatorias claras, que den la mayor seguridad jurídica y permitan la mejor identificación de la regulación vigente; g) incorporación a las regulaciones de memorias relativas al impacto, directo o indirecto, en la competencia.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, también dedicó un capítulo a la «mejora de la calidad de la regulación» estableciendo un conjunto de principios de buena regulación a las que deberían acomodarse las iniciativas, normativas de las Administraciones públicas. Se acoge a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Casi ninguno de estos principios requiere una explicación que no hayamos dado en las páginas precedentes. Son claras las pretensiones de los principios de necesidad, proporcionalidad o seguridad jurídica, o el contenido del principio de transparencia. La accesibilidad impone que se establezcan mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal. Y el principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a

la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

El propósito de la Ley citada está resumido, en fin, en su artículo 4.9: «en todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general».

Los principios que deben observarse en el desarrollo de actuaciones regulatorias cuando implican limitaciones de derechos se hacen especialmente visibles en relación con el control de la discrecionalidad de los reguladores.

Las fórmulas, estudiadas en otro volumen de esta obra, comienzan por distinguir entre el control de los hechos y de la observancia del procedimiento en términos que permiten a los tribunales verificar tanto la existencia de las situaciones de hecho en las que se apoya la decisión administrativa, como su valoración, incluso en los casos en que esta ha sido llevada a cabo por un organismo de carácter técnico (SSTC 224/1992, de 14 de noviembre; 115/1997, de 16 de junio; 25 y 264/2000, de 31 de enero y 13 de noviembre). Imponen igualmente una suficiente probanza y justificación de los hechos, así como la fundamentación o motivación de las decisiones, que han de presentarse estudios y memorias en las que se examinen las opciones disponibles y se expliquen las razones de la elección administrativa (un resumen de esta jurisprudencia en las SSTS de 19 de mayo de 1998, 8 y 24 de octubre y 18 de diciembre de 1990, 4 de julio de 2001, etc.). Asimismo, revisan ordinariamente en sus sentencias, nuestros tribunales, el fondo de la decisión utilizando, entre otros criterios, el análisis acerca de la posible arbitrariedad, falta de racionalidad o de razonabilidad (SSTC 112/1996, de 24 de junio; 25/2000, de 25 de enero; 82/2001, de 26 de marzo; 217/2002, de 20 de diciembre), adecuación al principio de proporcionalidad (SSTC de 16 de mayo de 1990, 3 de diciembre de 1991, 28 de abril de 2000, 2 de octubre de 2002, etc.), de igualdad (SSTC 176/1993, 181/2000), observancia de los antecedentes (SSTC 57, 122, 176 y 193/2001), confianza legítima (SSTC de 19 y 27 de enero, y 1 de febrero de 1990, y, más tarde, las de 26 de noviembre de 1999, 29 de febrero de 2000, 13 de junio de 2000, o las SSTC 107 y 205/1992, o 182/1997, 273/2000...), etcétera.

**168.**

*Técnicas de control de la discrecionalidad.*

Los avances de esta jurisprudencia han sido muy estimables y han supuesto un notable incremento de las garantías frente a decisiones discrecionales contrarias a Derecho de cualquier órgano de la Administración y, desde luego, también de las comisiones y otros órganos reguladores de la economía.

Desde esta perspectiva de análisis, las decisiones de los reguladores solo se justifican en la medida en que se apoyan en normas dictadas por el legislador y estas normas, además, contienen un programa regulatorio básico o mínimo que la Administración competente ha de desarrollar o completar, pero no crear desde sus fundamentos. Lo que exige la jurisprudencia indicada es que las normas que habilitan potestades de carácter discrecional tengan una densidad regulatoria adecuada, es decir, que no se remitan en blanco a los organismos administrativos a los que encargan su ejecución. Si la ley no establece la regulación mínima que le corresponde, estaría renunciando a su función en beneficio del poder ejecutivo. Las aplicaciones administrativas de las normas tienen que ser previsibles y no deben permitir un ejercicio no igualitario o injusto. Los ciudadanos tienen derecho a poder adecuar su conducta a decisiones administrativas esperables y no sorprendidas o de contenidos extremadamente innovadores. El principio de la *lex certa*, que tiene aplicación para todas las regulaciones cuyo contenido es limitativo de los derechos, condiciona con carácter general la atribución de potestades discrecionales a la Administración. Si se exige claridad y previsibilidad o certeza al contenido de la ley, mucho más es exigible esta condición a la decisión administrativa cuando afecta a los derechos de los ciudadanos. No son en este sentido legítimas las competencias inconcretas que afectan a las libertades, porque resultan disuasorias de su ejercicio (en la jurisprudencia norteamericana, sobre las regulaciones disuasorias de la libertad, Sentencias *Schmith v. Goguen* de 1974, y *Reno v. American Civil Liberties Union* de 1997; el Tribunal Constitucional se ha referido también al efecto de desaliento de determinadas regulaciones sobre la libertad: Sentencias 190/1996 y 136/1999).

La exigencia de que las regulaciones legales que atribuyen facultades discrecionales tengan un contenido normativo suficiente, tengan la densidad normativa adecuada, se está aplicando con toda normalidad por la jurisprudencia en materia de limitaciones de derechos y, especialmente, en materia de sanciones administrativas. Por ejemplo, la Sentencia *Gillow* del TEDH, de 24 de noviembre de 1986, cuyo criterio copian literalmente las Sentencias del mismo Tribunal de 24 de marzo de 1988 (*Olsson v. Suecia*), 26 de octubre de 2000 (*Asan*), 4 de

**169.**  
Densidad de las  
normas  
habilitantes.

mayo de 2000 (*Rotaro*), etc., estableció que: «La ley que atribuye una facultad discrecional no falta al requisito de previsibilidad si precisa su alcance y la manera de utilizarla con suficiente claridad teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia injusta».

En el mismo orden de consideraciones, y para imponer la máxima previsibilidad posible en las decisiones que adopten las comisiones reguladoras, puede establecerse la solución técnica de exigir una autoprogramación administrativa de las decisiones, la autovinculación del propio órgano decisor, a los efectos de que los destinatarios de sus resoluciones puedan predecir con más certeza y seguridad los márgenes dentro de los cuales se puede mover la resolución administrativa. Este tipo de actuaciones son esenciales para dar seguridad a los mercados.

En fin, el control a través de la verificación de que la discrecionalidad que se otorga por la norma que atribuye la potestad es razonable, proporcionada y necesaria para alcanzar los fines que se persiguen, se ha convertido en un criterio de control ordinario aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya ha podido emplearse para valorar la legalidad de la configuración de algunas potestades discrecionales de comisiones reguladoras españolas. En concreto, en la Sentencia del TJ de 17 de julio de 2008, el Tribunal analiza la compatibilidad con el Tratado CE de una determinada competencia para otorgar autorizaciones, la denominada «función 14», de la CNE. Determinados aspectos de esta función se consideraron contrarios al Derecho comunitario con arreglo al siguiente argumento que reproduzco: «El Tribunal de Justicia ha declarado que (un régimen de autorización previa) debe ser proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, en particular, mediante un sistema de declaraciones a posteriori (véanse, en este sentido, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Sanz de Lera* y otros, C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821, apartados 23 a 28; de 20 de febrero de 2001, *Analir* y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 35, y de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, antes citada, apartado 69). Este régimen debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe disponer de un medio de impugnación jurisdiccional...» (apartado 48). El Tribunal concluyó que el régimen de autorización previa a que nos referimos «es desproporcionado en relación con el objetivo perseguido... La función decimo-

**170.**  
*Autovinculación.*

**171.**  
*Razonabilidad  
y proporcionalidad.*

cuarta modificada otorga a la CNE una facultad discrecional excesivamente amplia, que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar el suministro mínimo de energía que invoca el Reino de España» (apartado 55). Añade, en fin, que las razones para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización «están redactadas en términos generales e imprecisos» (apartado 56).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha consolidado una importante doctrina jurisprudencial en la que se acogen todos los requerimientos indicados respecto de los límites de las potestades discrecionales. En este sentido, por ejemplo, Sentencias de 20 de octubre de 2014 (rec. 1414/2012) y de 16 de marzo de 2015 (rec. 927/2012), sobre límites del poder de inspección; de 22 de junio de 2015 (rec. 2549/2013), sobre aplicaciones de principio de proporcionalidad; 16 de junio de 2015, sobre límites de las potestades de entrada y registro en las sedes de las empresas; 27 de febrero de 2015 (rec. 1292/2012), sobre potestades de investigación de los reguladores; de 10 de diciembre de 2014 (rec. 4324/2011), sobre entrada y registro de domicilios; 10 de diciembre de 2014 (rec. 4201/2011) y 29 de enero de 2015, sobre los límites de la potestad de investigación, etc.

## V. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

### 1. ACTUALIZACIÓN DE UN VIEJO CONCEPTO: SERVICIOS PÚBLICOS, SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL, SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL, SERVICIOS SOCIALES DE INTERÉS GENERAL, SERVICIOS NO ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL, SERVICIO UNIVERSAL, MISIONES DE SERVICIO PÚBLICO

El concepto de servicio público, a cuyo origen nos hemos referido en un apartado anterior, fue elaborado principalmente por la doctrina francesa, como nos consta, y ha mantenido su influencia en la legislación de dicho país hasta la actualidad. No todos los Estados europeos han seguido la misma tradición ideológica y doctrinal. En Alemania el concepto preferentemente utilizado para describir los sistemas de prestaciones que organizan las Administraciones públicas en beneficio de los ciudadanos es el de *Daseinvoerge*, y en Inglaterra y países de influencia anglosajona se ha construido técnicamente la misma actividad prestacional al público a partir del concepto de *public utility*. Nuestro modelo ha sido el francés en este punto, y se ha desarrollado también entre nosotros, en la doctrina y la legislación, un concepto de

servicio público que atiende, resumidamente, a los siguientes principios: se trata de actividades dirigidas a ofrecer a los ciudadanos prestaciones de carácter económico o social, cuya titularidad asume una Administración pública, que bien se responsabiliza directamente de la gestión de las mismas, o bien las encomienda a entidades de base privada bajo su supervisión y control, utilizando para ello diversos expedientes de tipo contractual, entre los que predomina la concesión de servicio público. Los servicios públicos así concebidos pueden ser disfrutados por todos los ciudadanos en términos de igualdad (pueden establecerse tasas o tarifas de acceso), y son prestados en régimen de continuidad y regularidad, a precios adecuados y respetando los estándares de calidad básicos que la propia Administración titular de los mismos establece.

El Derecho comunitario vino a complicar este esquema tan simple. En un primer momento, como estudiaremos más adelante con mayor precisión, se puso en duda que los servicios públicos establecidos tradicionalmente en los Estados miembros fueran compatibles con la ideología liberalizadora y privatizadora de la economía que protagonizó las políticas comunitarias a partir de los años setenta. Superada esta primera crisis, la única cuestión concerniente a los servicios públicos estatales que preocupó a los órganos comunitarios fue la de resolver en qué casos su organización y actividad quedaba sometida o excluida al Derecho general de los tratados y, en particular, al Derecho de la competencia. En el Tratado CE se incluyó un concepto que serviría para delimitar este problema. El artículo 86.2 establece una exclusión de la aplicación de las reglas de los tratados, cuando se dan las circunstancias que en él se describen, a los «servicios de interés económico general» (actualmente artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado en 2008; en lo sucesivo TFUE).

Se hizo evidente enseguida que este concepto no es equivalente al de servicio público que se utiliza en la tradición de algunos Estados, y el nuestro en particular, entre otras razones porque en la tradición continental europea existen servicios de carácter económico, que son a los únicos que alude el Tratado, y otros servicios distintos que se refieren al ejercicio de los poderes del Estado, como la justicia o la policía o, sobre todo, una gama importante de servicios sociales.

Poco a poco, en diversos documentos comunitarios, se emplearon otros conceptos complementarios del que figura en el artículo 106.2 TFUE, algunos de los cuales pasaron directamente a la legislación. Destaca la incorporación a las Directivas en materia de telecomunicaciones del concepto de «servicio universal» (*vid. infra* apartado 10).

**172.**

*La noción de servicio público no tiene una significación común en los Estados europeos.*

**173.**

*La primera aportación comunitaria: servicios de interés económico general.*

**174.**

*Servicio universal.*

También es esta una noción vinculada a los servicios de carácter económico, que alude a la obligación de los responsables de los servicios de telecomunicaciones, o de los servicios postales, de ofrecer unas prestaciones mínimas y de calidad en todo el ámbito territorial al que extiende su jurisdicción. Seguían quedando fuera, sin embargo, y sin una explicación concreta en la legislación comunitaria, todos los demás servicios públicos a que se habían habituado los nacionales de los Estados miembros.

El siguiente paso ha sido la creación del concepto de «servicio de interés general», que abarca todos los anteriores conceptos y aun se extiende a otros que no habían sido comprendidos antes, ni en los documentos comunitarios ni en la legislación. Servicio de interés general es, por su amplitud, una noción parecida a la de servicio público, ya que abarca servicios económicos, sometidos o no a la libre competencia (es decir, comprende los servicios de interés económico general y otros servicios de interés general de naturaleza económica que se prestan en los mercados en régimen de competencia) y, además, servicios de carácter no económico. En fin, en la legislación comunitaria también se utiliza el concepto «misiones», u obligaciones de servicio público, para indicar que cualquier operador que actúa en un mercado liberalizado, aunque no preste ordinariamente un servicio de interés general, puede ser obligado a ofrecer prestaciones de servicio público por los reguladores.

Toda esta evolución revela que, en el ámbito comunitario europeo, se ha preferido operar sobre el concepto de servicio de interés general, o similares, antes de preservar la noción de servicio público, que, no obstante, tampoco ha sido del todo descartada. La diversificación de los conceptos que se ha descrito tiene una datación fácil de seguir en la documentación comunitaria europea y en la propia incorporación de los conceptos a la práctica. Salvo el concepto de «servicio de interés económico general» que, como hemos indicado, figura, aunque sin ninguna definición específica (que ha correspondido hacer a la jurisprudencia, como luego veremos) en el Tratado CE, la expresión «servicios de interés general» se utilizó por primera vez en la Comunicación de la Comisión Europea de 26 de septiembre de 1996 titulada «Los servicios de interés general en Europa», y posteriormente en el Libro Verde de 21 de mayo de 2003 y en el Libro Blanco de 12 de mayo de 2004.

Las Comunicaciones sobre los servicios de interés general se han ido renovando y reformando desde la citada de 1996, y la dictada el 20

**175.**  
*Servicios de interés general.*

**176.**  
*Referencias en los documentos comunitarios.*

de noviembre de 2007 sobre los servicios de interés general añade el concepto de «servicios sociales de interés general».

El Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, distingue entre los servicios de interés económico general y los servicios no económicos de interés general. El Protocolo adicional al Tratado se aplica a todos los servicios de interés general y no solo a los de carácter económico. Los servicios son de carácter «no económico», según el artículo 2 del citado Tratado, cuando «no conllevan de ningún modo un perjuicio a la competencia de los Estados miembros para proveer, hacer ejecutar y organizar» dicho servicio. Si el servicio es económico, el artículo 1 obliga a las instituciones comunitarias a respetar «el papel esencial y el amplio poder discrecional de las autoridades nacionales, regionales y locales, para proveer, hacer ejecutar y organizar» dicho servicio, el respeto a la «diversidad de los servicios y las disparidades que puedan existir... en razón de situaciones geográficas, sociales o culturales diferentes», así como los principios de «calidad, seguridad y en cuanto al carácter abordable, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios».

La construcción de los conceptos, para los que faltan todavía definiciones bien establecidas, ha llevado por tanto a un cuadro que comprende: los «servicios de interés general» (SIG), que es la noción más amplia y comprensiva; los «servicios de interés económico general» (SIEG) que es el único concepto que originariamente utilizó el Derecho comunitario; los «servicios sociales de interés general» (SSIG), que son una de las manifestaciones de los «servicios no económicos de interés general» (SNEIG), caracterizados porque ordinariamente no están sometidos a la disciplina de la competencia. Además, hay que tener en cuenta la categoría de «servicio universal» y el concepto «misiones de servicio público».

Esta gama de conceptos nuevos está emergiendo también, paulatinamente, en la legislación española, unas veces con ocasión de la trasposición de directivas u otras normas comunitarias que los emplean, o, en otras hipótesis, al renovarse la legislación general concerniente al régimen jurídico de las Administraciones públicas. La operación de recogida no siempre resulta exactamente coherente con el modelo, de forma que la mezcla, en el plano del Derecho interno, entre el concepto tradicional de servicio público y las nuevas nociones comunitarias, corre el riesgo de inducir a confusión a los aplicadores. Algunos ejemplos: la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre, califica en su artículo 2 a las telecomunicaciones como «servicios de interés general». Determina el precepto que este con-

**177.**

*Referencias en el Tratado de Lisboa.*

**178.**

*Servicios económicos y no económicos.*

**179.**

*Aplicaciones en la legislación española: telecomunicaciones.*



cepto supone que los servicios se prestan «en régimen de libre competencia». El apartado 2 del mismo precepto añade que: «Solo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el Título III de esta Ley». El artículo 4 se refiere a los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil. Y el Título III está por completo dedicado a la posibilidad de imponer a los operadores obligaciones de servicio público y de carácter público, que son de obligado cumplimiento, y a la regulación del servicio universal (artículos 20 y siguientes).

La noción de «obligaciones de servicio público» es coincidente con la que usa el Derecho comunitario, como puede constatarse. También lo es la de «servicio universal», tomada justamente de aquella fuente. El concepto de «servicio de interés general» también se acomoda a las mismas categorías comunitarias que hemos indicado, pero dentro de dicho concepto, cuando los servicios están excluidos de la competencia el concepto que se emplea en el Derecho comunitario no es el de «servicio público» sino el de «servicio de interés económico general».

La Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010, de 31 de marzo, ha hecho la trasposición de los conceptos de un modo algo más preciso. El artículo 22 establece, en su apartado 1, que «Los servicios de comunicación audiovisual, radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general...» que se prestan en el ejercicio, entre otros, del derecho a la libertad de empresa, es decir, por tanto, sometidos a la libre competencia, con las limitaciones que la Ley establece. Por su parte, el artículo 40 se refiere al servicio público de comunicación audiovisual calificándolo como «un servicio esencial de interés económico general», indicación con la que quiere expresamente vincular estos servicios a lo establecido en el artículo 106.2 TFUE de modo que puedan acogerse a la inaplicación de las reglas de libre competencia que se considera imprescindible para poder desarrollar adecuadamente una programación de servicio público. Esta idea de la programación de servicio público viene a coincidir con la de obligaciones o misiones de servicio público que tienen que cumplir los servicios de interés económico general televisivos para justificar los privilegios con que actúan en el mercado.

Un ejemplo de regulación general lo encontramos en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. El concepto más general que emplea, en los artículos 26 y siguientes, es el de «servicios locales de interés general», que podría considerarse equivalente al tradicional en nuestra legislación de «servicios públicos», y que procede

**180.**  
*Comunicación  
audiovisual.*

**181.**  
*Legislación de  
régimen local.*

del concepto de «servicios de interés general» en el ámbito comunitario. Inmediatamente clasifica los servicios locales en servicios públicos y servicios reglamentados. Los primeros son aquellos en los que la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación. Y los segundos son aquellos cuya prestación se realiza por particulares conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

Lo expuesto es suficiente para comprender la confusión (seguramente innecesaria porque era posible mantener en el derecho interno el concepto clásico de servicio público acomodando el régimen jurídico de algunas de sus manifestaciones a las exigencias, sobre todo en materia de competencia, del Derecho comunitario). Resulta imprescindible que la legislación general unifique los conceptos y los defina, en el marco de las innovaciones explicadas, a los efectos de que tanto las Comunidades Autónomas como las regulaciones sectoriales se atengan a los mismos. Es una simple, pero importante, cuestión de racionalidad y coherencia, a la que debería responder el legislador estatal.

En los epígrafes sucesivos utilizaremos, como criterios de ordenación de la materia que nos ocupa, los siguientes: a) en primer lugar, estudiaremos los problemas jurídicos que conciernen a la reserva necesaria al Estado u otras entidades públicas de la prestación de determinados servicios, que han de mantenerse, por determinación constitucional, en la titularidad pública; b) seguidamente los problemas constitucionales que las reservas de servicios al sector público plantean; c) los servicios de titularidad pública tienen un régimen jurídico particular que afecta a su organización y gestión, que se mantiene en nuestra legislación; d) seguirá el estudio específico, en base sobre todo al Derecho comunitario, de los servicios de interés económico general; e) en el mismo ámbito es preciso completar el estudio de los servicios de interés general haciendo referencia a los servicios no económicos; f) y, finalmente, se abordará el análisis del régimen del servicio universal.

## 2. LOS SERVICIOS DE TITULARIDAD PÚBLICA

Los procesos de privatización de empresas y servicios públicos, desarrollados en las décadas finales del siglo xx, no han determinado la total extinción de los servicios de titularidad pública, organizados incluso al margen de la competencia en el mercado. Algunas de estas excepciones han venido determinadas porque las Constituciones de

**182.**  
*Sinopsis.*

**183.**  
*La pervivencia de los servicios de titularidad pública.*

algunos Estados miembros reservan específicamente al Estado la titularidad de algunos tipos de servicios públicos, que vinculan a la soberanía nacional. Más allá de estas excepciones directamente establecidas en las Constituciones estatales, el mantenimiento de servicios de titularidad pública ha debido enfrentarse con las restricciones que el Derecho comunitario impone al mantenimiento de excepciones a la plena vigencia de las libertades comunitarias y del funcionamiento de los mercados con arreglo a los principios de libre competencia. Dentro de estas limitaciones, no obstante, en todos los Estados miembros de la Unión, y desde luego en España, las constituciones y la legislación habilitan a las Administraciones públicas para mantener los servicios existentes y crear otros nuevos, bien en régimen de monopolio o bien en concurrencia con la actividad que las empresas privadas puedan desarrollar en los mismos sectores económicos o sociales.

Estudiaremos ahora sucesivamente las cuestiones indicadas.

Casi resulta innecesario argumentar en términos constitucionales que la defensa, los asuntos exteriores, la justicia y la policía no pueden privatizarse. Son regalías y atribuciones de la corona desde hace siglos, del Estado después; atributos esenciales sin los que el poder público no se hace reconocible y la soberanía del Estado se diluye.

Sin embargo, estas reservas se han compatibilizado ya con la existencia de un sistema de arbitraje privado que también sirve para resolver controversias, con la prestación de servicios penitenciarios por empresas privadas o con la regulación de los servicios privados de policía.

¿Existe alguna posibilidad jurídica de que los servicios vinculados a la soberanía del Estado u otros en los que se manifiesta el ejercicio del poder público sean desvinculados de la titularidad pública?

En Francia, el Consejo Constitucional ha tenido oportunidad de ocuparse de este problema en algunas ocasiones relacionadas con la privatización de concretas empresas públicas, pero en las que se han incluido algunas consideraciones de carácter más general. La cuestión de valorar si cuando la Constitución atribuye al Estado la responsabilidad de organizar determinados servicios públicos puede esta encomendarse totalmente a la iniciativa privada, ha dado lugar al desarrollo de la idea de los servicios públicos constitucionales. La noción, utilizada sobre todo a partir de la Decisión del Consejo de 25-26 de junio de 1986, se reserva para aquella clase de servicios «cuya necesidad... deriva de principios o de reglas de valor constitucional» (apartado 59). El concepto volvió a emplearse en Decisiones ulteriores inmediata-

#### 184.

*Regalías y atribuciones esenciales del poder público.*

#### 185.

*Servicios públicos constitucionales: concepto.*

mente. Entre ellas, la de 7 de enero de 1988 insistía en apreciar que la existencia de algunos servicios está «exigida por la Constitución».

De esta manera ha podido elaborarse una distinción entre los servicios «exigidos por la Constitución» y los regulados en la legislación ordinaria o por decisiones de la Administración. Los primeros no podrían ser encomendados al sector privado; los segundos, en cambio, son perfectamente privatizables. La Decisión últimamente citada argumenta que la «necesidad de determinados servicios nacionales deriva de principios o de reglas de valor constitucional (mientras que) la determinación de otros servicios que deben ser erigidos en servicio público nacional se deja a la apreciación del legislador o de la autoridad reglamentaria según los casos, de lo que se sigue que el hecho de que una actividad haya sido declarada de servicio público por el legislador sin que la Constitución lo exija no es obstáculo a que esa actividad sea, como la empresa que es encargada del mismo, objeto de una transferencia al sector privado».

La distinción es clara, pero su concreción sobre el texto de la Constitución no resulta tan sencilla, M. DURUPTY ha podido decir, recordando una vieja calificación aplicada en Francia a los actos políticos (VIRALLY), que estamos ante una nueva «*cathégorie introuvable*». Para desvelar los supuestos se precisa manejar técnicas de interpretación de la Constitución (J. RIVERO) con que analizar cada caso. Esta metodología tópica parece la única posible y, desde luego, es la que ha empleado la jurisprudencia francesa. El Consejo Constitucional ha dicho, por ejemplo, que el denominado «servicio público de crédito» no es constitucional, ya que no puede afirmarse que las empresas bancarias o de seguros «exploten un servicio cuya existencia y funcionamiento estén exigidos por la Constitución» (Decisión 207, de 25-26 de junio de 1986). Tampoco la televisión por vía hertziana ha sido considerada por el Consejo como «una actividad de servicio público que tenga su fundamento en disposiciones constitucionales» (Decisión 217, de 18 de septiembre de 1986).

Junto a esta zona de delimitación negativa, ocupada por actividades que, claramente, no se atribuyen exclusivamente a los poderes públicos en la Constitución, existe otra en cuya identificación positiva existe un consenso firme. Por ejemplo, la defensa, la justicia, los asuntos exteriores o la policía. Esta coincidencia no se produce solo por las razones históricas y culturales a las que aludíamos antes, sino, ahora, por la circunstancia incontestable de que la Constitución los cita como funciones del Estado. El hecho de que algunos de esos servicios puedan privatizarse parcialmente, como el sistema penitenciario, no es un obstáculo para mantener su reserva constitucional al Estado: primero,

**186.**

*Impuestos por la Constitución.*

**187.**

*Identificación típica de los servicios constitucionales.*

**188.**

*Defensa, justicia, asuntos exteriores y policía.*

porque tales colaboraciones particulares no suponen pérdida de la dirección y el control del servicio; segundo, porque, como ha considerado el Consejo Constitucional, una cosa es la determinación de las penas aplicables, que es cuestión que solo concierne a los jueces, y otra su ejecución, que corresponde a la Administración. Esta última actividad se sitúa en una zona en la que la delimitación positiva del servicio como carácter constitucional es menos clara y, además, tampoco parece una prerrogativa vinculada necesariamente a la soberanía del Estado. Para que, pese a todo ello, el servicio penitenciario hubiera de seguirse considerando irreductiblemente estatal, habría que vincularlo a la policía del orden, lo que puede sostenerse, y también discutirse, con argumentos razonables.

No insistiremos en buscar los pros y contras del régimen de cada concreto servicio. Lo importante es saber que el método único para hallar las respuestas necesarias, cuando no existe una definición clara, es analizar, caso por caso, la implicación de otras funciones constitucionales o el ejercicio de poderes soberanos.

La jurisprudencia francesa ha utilizado también, para resolver casos dudosos, algunos criterios que provienen del Preámbulo de la Constitución de 1946 (cuya vigencia se mantiene). Por un lado, en este texto se citan expresamente como servicios públicos los de enseñanza, sanidad y asistencia social, de manera que, inequívocamente, han sido calificados como constitucionales. Por otro, el Preámbulo citado usa el concepto de servicios «nacionales». En concreto, afirma el Preámbulo que «todo bien, toda empresa, cuya explotación, tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho deben convertirse en propiedades de la colectividad». Son, por tanto, servicios y bienes no privatizables, constitucionales en fin. No en base a una identificación concreta sino en aplicación de un principio general que, en la práctica, no resulta sencillo de concretar. Por ejemplo, en sus Decisiones de 1996 relativas a la privatización de *France Telecom* (cuyo carácter monopolístico e importancia económica eran indiscutibles), el Consejo Constitucional consideró que, aunque se trataba de una empresa «nacional», su privatización no resultaba contraria a la Constitución porque el Estado había retenido un paquete de acciones que, aunque minoritario, le permitía mantener el control de la empresa (tratamos de esta cuestión infra al estudiar la libertad de empresa).

El Derecho comunitario ofrecerá, por tanto, sin duda, otro parámetro de valoración de los servicios constitucionales, porque no podrá aplicarse tal categoría a los que deban privatizarse en aplicación de regulaciones europeas.

**189.**

*Privatización sin pérdida de control.*

**190.**

*El Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 como criterio.*

Al margen de todo lo anterior, L. FAVOREU y L. PHILIP han propuesto un criterio general de distinción, para, al menos, iluminar la solución de algunos casos conflictivos. Consistiría en considerar que algunos servicios públicos no están en competencia con el sector privado; son, propiamente, los servicios que ejercen «funciones de soberanía». En estos casos, la prohibición de privatización se conecta con la exigencia constitucional de que exista un «nivel mínimo de servicio público», de modo que todos los ciudadanos puedan beneficiarse del mismo. Se aplicaría la misma regla a los servicios educativos o a los sanitarios. Frente a esta clase de prestaciones se situarían aquellas otras que se desenvuelven en competencia con el sector privado, o son susceptibles de ejercerse de esta manera. Este sería el ámbito propio de la privatización. R. DE BELLESCIZE ha elaborado la más completa sistematización de *Les Services Publics Constitutionnels*, en la que ha distinguido entre los servicios inducidos por alguna disposición constitucional (por ejemplo, el apartado 9 del Preámbulo de 1946), los que resultan de las obligaciones de soberanía del Estado (moneda, cultos, ejército, entre los que incluye también por cierto «el servicio público de la difusión del Derecho», cuya trascendencia en ordenamientos de enorme complejidad se comprende fácilmente), a partir de los cuales ha tratado de fijar un régimen jurídico («improbable»), acomodado a las reglas constitucionales, por un lado, y por otro, a las exigencias del Derecho comunitario.

En la doctrina alemana pueden observarse dificultades parangonables con las explicadas cuando se trata de buscar una solución clara para definir lo no privatizable, situado en la zona intermedia dudosa entre los servicios que claramente pueden definirse como constitucionales y las que, con la misma seguridad, no lo son.

La Ley Fundamental de Bonn establece en su artículo 33.4 que «el ejercicio, con carácter permanente, de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios del servicio público sometidos a normas de servicio y a la lealtad establecidas por el Derecho Público». De este precepto ha derivado la doctrina que existen funciones y servicios no privatizables. El debate radica, sin embargo, en concretar la extensión de la reserva. Algunos la hacen extensiva a los servicios prestacionales y otros la consideran restringida a los servicios de autoridad, con definiciones que coinciden prácticamente con las que hemos indicado de la doctrina francesa: el mínimo son aquellas funciones de soberanía sin las cuales el Estado no sería reconocible, como la justicia, la policía, el ejército, el sistema penitenciario o el tributario. Esta sería la Administración de soberanía o de intervención que forma-

**191.**

*Servicios que ejercen «funciones de soberanía» y «nivel mínimo de servicio».*

**192.**

*Sistematización de un régimen jurídico.*

**193.**

*Reserva en Alemania de las «funciones de soberanía» a funcionarios.*

ría el núcleo esencial de las funciones no privatizables. Con tal limitación se protege precisamente el mantenimiento del Estado (J. ISENSEE y P. KIRCHOF, A. KNOLLS).

**194.**

Razón de ser de la reserva.

El Derecho alemán es, por otra parte, un buen ejemplo de cómo, aun dentro de los servicios constitucionales, hay algunos, como los que acaban de indicarse, que deban mantenerse porque, si no, el Estado se desintegraría, perdería su imagen esencial (por lo menos la actual), y otros que pueden ser suprimidos porque respecto de ellos solo existe una reserva constitucional formal.

**195.**

Mención constitucional directa de algunos servicios.

Este último es el caso del *Bundesbahn* y del *Bundespost*. En la versión original del artículo 87.1.1 de la Ley Fundamental, tanto los ferrocarriles federales como el correo federal eran servicios de titularidad pública que debían, además, ser gestionados en régimen de Administración con infraestructura administrativa propia, según la cuidadosa precisión de la propia Ley Fundamental. Sin embargo, cuando comenzó la oleada de privatizaciones no hubo inconveniente para incluir en aquella tales importantísimos servicios, para proceder a la reforma previa de la Constitución, lo que, en efecto, se hizo en 1993 y 1994 modificando el artículo 87.1.1 y añadiendo dos nuevos 87.e) y 87.f).

**196.**

El núcleo irreductiblemente constitucional.

El problema de los servicios constitucionales o de soberanía en España no presenta singularidades que no puedan ser resueltas utilizando los criterios hasta aquí expuestos. El núcleo duro de las funciones de soberanía está identificado en nuestra Constitución del mismo modo que en las otras examinadas. Algunos servicios intermedios, para los que se ha admitido que algunas de sus tareas también puedan ser objeto de la actividad de empresas privadas, como la policía, están expresamente mencionadas como servicios constitucionales en el artículo 104 de la Constitución. Es perfectamente aplicable entre nosotros la gran clasificación entre servicios de autoridad y servicios de gestión (prestacionales o económicos) para centrar el núcleo irreductible de lo constitucional esencialmente en los primeros. Por lo demás, esta es una apreciación de la que ya se ha hecho eco el propio legislador ordinario: la Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 251.1 que: «La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

El problema se sitúa, sobre todo, en el ámbito de la Administración prestacional. Algunas reservas constitucionales son identificables respecto de los servicios de carácter social. Por ejemplo, el artículo 41 CE dice que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». Otras menciones a la Seguridad Social también pueden contribuir a subrayar que existe una reserva constitucional que impide la traslación del sistema al sector privado (artículos 25.2, 129.1, 149.1.7.<sup>a</sup> CE).

En relación con la educación, el artículo 27.5 CE afirma que «los poderes públicos garantizarán este derecho de todos a la educación, mediante... la creación de centros docentes». Pero adviértase que, al lado de esta obligación pública, el artículo 27.6 del texto constitucional reconoce «la libertad de creación de centros docentes».

Todas estas referencias constitucionales permiten concluir que, aun en este caso de los servicios sociales, se acepta que su prestación no se produzca en régimen de monopolio, de modo que organizaciones o empresas privadas puedan ofrecer servicios con idéntico contenido. En este caso, sin embargo, se mantienen en mano pública, por determinación constitucional, tanto las funciones reguladoras, de dirección y control, como el aseguramiento de las prestaciones básicas necesarias disponibles para todos.

Esta vinculación de los servicios prestacionales de titularidad pública a la satisfacción de derechos de los ciudadanos debe servir para determinar el grado en que es admisible la privatización de cada servicio. En las opulentas sociedades occidentales muchos ciudadanos no esperan ya aprovechar, por ejemplo, los servicios educativos públicos, pero deben mantenerse en grado suficiente para quienes los necesiten.

No obstante, en los servicios —sociales y también económicos— que no están vinculados a funciones de autoridad, aunque deban organizarse para satisfacer derechos o necesidades de los ciudadanos, el criterio fundamental para valorar la legitimidad constitucional de su privatización es el que viene dado por la imposición directa de la Constitución de que los poderes públicos creen y mantengan dichos servicios. Si no es así, técnicas como la del servicio universal, que estudiamos al final de este volumen, pueden servir para imponer obligaciones de servicio público a las empresas privadas con la misma eficacia que podrían cumplimentar las Administraciones públicas.

**197.**

*Los servicios sociales impuestos por la CE a los poderes públicos: seguridad social, educación...*

**198.**

*Concurrencia de empresas y organizaciones privadas.*



**199.**  
*Posición  
del Derecho  
comunitario.*

Otra cosa es que, así como la liberalización ha afectado profundamente en toda Europa a los servicios económicos, la tradición cultural y constitucional, fuertemente arraigada en todos los países, ha evitado que el movimiento se extienda masivamente a los servicios de carácter social. Muchas comunicaciones y normas europeas han insistido en su diferente carácter y su vinculación a políticas de solidaridad. El Tratado CE (artículo 86.2) permite expresamente que dichos servicios se mantengan fuera de las reglas del mercado, lo cual, obviamente, evita toda presión privatizadora. Al menos invocando las mismas razones que se han aplicado a la privatización de los servicios económicos.

### 3. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE TITULARIDAD PÚBLICA CON EL DERECHO COMUNITARIO

**200.**  
*Proclamaciones de  
la muerte del  
servicio público.*

Los años ochenta del siglo xx fueron años de crisis para el servicio público en general. El crecimiento del gasto, la inflación, el agotamiento de las fuentes de recursos fiscales, por una parte, apostando contra la liquidación del Estado gestor y keynesiano, que había acumulado enormes responsabilidades de prestación de servicios públicos, y por otra, la aparición de la deslumbrante panacea de la liberalización de la economía, permitieron a algunos autores y a bastantes políticos sostener que el servicio público había muerto.

**201.**  
*Efectos de la  
retracción del  
Estado gestor.*

El efecto debía ser destructivo en cadena, como es propio de las bombas nucleares, y arrasaría también todos los servicios sociales y económicos por los que pasara su onda. Fueron los tiempos de la crisis del Estado de Bienestar y también de la reconversión total de la intervención del Estado en la economía para dejar en ella sus posiciones de gestor y retraerse al papel de regulador, quizá no menos comprometido, pero situado sobre el mercado y no en el mercado mismo con sus costes y riesgos. Además, en fin, incluso se generalizó la opinión económica de que algunos servicios públicos, los que los poderes públicos crean imprescindible retener, mejorarían su eficiencia si operasen en condiciones de mercado.

Todas estas circunstancias, alentadas además por la entronización de la competitividad, como guía del sistema económico, y de la necesidad de que las empresas europeas se desenvuelvan en mercados globales, contribuyeron a hacer pensar en un desmantelamiento general de los servicios públicos económicos y en el ocaso definitivo de la ideología que los había sostenido.

Contra esta situación, terminantemente contraria a la tradición asentada en la mayor parte de los Estados europeos, y especialmente

a los próximos a la cultura del Derecho Administrativo y el servicio público franceses, empiezan a reaccionar las instituciones nacionales, primero, y las instancias comunitarias europeas después, para reivindicar la importancia de los servicios públicos de toda clase, los económicos incluidos, aunque fuera imprescindible la reforma de los mismos.

En el *Rapport public* que dedicó en 1994 el *Conseil d'État* al servicio público, se imputa a la Comunidad Europea estar intentando cambiar la cultura de los servicios públicos. Europa, decía el informe, no instruye un proceso a los servicios públicos «hace peor: ignora ampliamente la noción de servicio público y la existencia de los servicios públicos, y tiene una tendencia a no identificar ninguna zona intermedia entre los servicios regalianos y sociales (que se han situado bajo un régimen especial pero no en tanto que servicios públicos sino en razón, esencialmente, de su participación en las prerrogativas del sector público), y las empresas ordinarias».

Francia ha construido, como ningún otro Estado europeo, la ideología y la técnica del servicio público. La idea de servicio público que el ordenamiento comunitario pone en crisis se suele identificar como la «concepción francesa del servicio público». Y la calificación está hecha con toda justicia. Pero se comprende que sea también en Francia donde se han producido las defensas más ardorosas de la noción tradicional. Una resolución de la Asamblea Nacional presentada por la Delegación francesa en la Unión Europea afirma de manera rotunda que «los principios del servicio público tocan a la organización misma de la sociedad francesa y no son negociables, en particular con las instancias comunitarias». Y añade que «solo el pueblo francés está legítimamente habilitado para definir estos principios y sacar las consecuencias en términos de organización».

R. KOVAR ha hecho un detenido análisis de la defensa francesa del servicio público tradicional. La justifica «en la importancia otorgada por el Derecho Administrativo a la institución del servicio público, pero igualmente a una tradición de intervencionismo estatal más afirmada que en la mayor parte de los demás Estados de la Unión europea». «Se instruye un proceso al liberalismo excesivo, incapaz de reconocer, de preservar y aún menos de promover las exigencias del interés general. Se denuncia la influencia deletérea de los modos de pensar anglosajones, extraños a nuestras concepciones. Se afirma la especificidad de un "servicio público a la francesa", cuya integridad estaría amenazada. Están persuadidos de ser los únicos, o poco menos, en la Unión que quieren asumir la defensa del servicio público». La reivindicación del servicio público francés tradicional tiene, desde luego, hitos notables,

**202.**  
*Reacciones nacionales.*

**203.**  
*El Rapport del Conseil d'État de 1994.*

**204.**  
*«La concepción francesa del servicio público».*

**205.**  
*La defensa del «servicio público a la francesa».*

incluso fuertemente emocionales, como el alegato del sociólogo P. BOURDIEU, afirmando que el conflicto entre las regulaciones comunitarias y los principios elaborados en Francia en las dos últimas centurias, significa la lucha «contra la destrucción de una civilización asociada a la igualdad republicana de derechos».

Ch. STOFFAES, que ha coordinado trabajos de importancia en defensa de la idea del servicio público francés (él mismo ha sido director en *Electricité de France*, por lo que ha podido seguir de cerca los procesos de transformación de los servicios públicos industriales), ha tratado de valorar, como hizo en su día el famoso Informe *Cechini* con la «no Europa», el coste de la «Europa del no servicio público». En su criterio, «la eliminación sin matizaciones de los regímenes particulares del servicio público, en el marco de la competencia y del libre cambio, sería susceptible, al término, de entrañar consecuencias negativas desde el punto de vista de la realización del gran mercado: concentraciones económicas excesivas y riesgos de abuso de posición dominante por parte de monopolios privados que han tomado el lugar de los monopolios públicos regulados; penalización de las inversiones a largo plazo, particularmente de las infraestructuras transeuropeas que tienen necesidad, para desarrollarse, de protección; desarmonía de las normas de interoperatividad, que dañan la libre circulación; atentados al medio ambiente y al desarrollo estable; desigualdades regionales entre regiones urbanas y rurales, centrales y periféricas, etc. Todo esto tiene un coste, que es necesario estimar: el de la Europa del no servicio público».

**206.**

La «Europa del no servicio público».

La verdad es que la Comunidad se ha rendido inmediatamente en este enfrentamiento. Su desconsideración, cuando no sus pretensiones de eliminación o de transformaciones radicales, hacia los servicios públicos económicos tradicionales, sacrificados a la aplicación estricta de las reglas de competencia contenidas en los artículos 81 y siguientes del Tratado CE, ha cedido ante algunas evidencias no tenidas inicialmente en cuenta:

**208.**

Activo cultural europeo.

La primera es la fuerza de las convicciones ideológicas de la mayor parte de los Estados miembros de la Comunidad. El Estado prestador de servicios, gestor de los mismos, ocupado también de la solidaridad y el bienestar de los ciudadanos, es un activo cultural al que están afeerrados con firmeza.

**209.**

Compatibilidad con los tratados.

La segunda es que la propia Comunidad ha tenido que llegar inmediatamente a la conclusión de que las regulaciones de los tratados no son incompatibles con los servicios públicos. Postulan, en la mayor

parte de los casos, adecuar a un entorno concurrencial las reglas de organización y funcionamiento de los servicios públicos, pero en modo alguno reclaman su desaparición. Es más, la Comunidad ha tenido que reencontrarse la significación ideológica del servicio público al regular algunos sectores liberalizados y privatizados. En materia de correos y telecomunicaciones, la apertura a la competencia y la incorporación a estos servicios de empresas privadas ha debido acompañarse del establecimiento de obligaciones a las mismas, para que sus prestaciones tengan una calidad y contenido mínimos y alcancen a la totalidad de la población. Estas obligaciones se enmarcan en un concepto vecino al tradicional de servicio público, como es la noción de servicio universal.

La misma rectificación ha llegado al extremo de pretender una reforma del Tratado CE, para modificar la redacción del artículo 90 (hoy artículo 86) y añadir un nuevo artículo 94 A que atribuiría de modo más claro a la responsabilidad exclusiva de los Estados la creación de servicios de interés económico general, especificando de un modo también más pormenorizado la exclusión de estos servicios de las reglas generales de la competencia establecidas en el Tratado. La referencia directa en normas de Derecho originario, de los servicios de interés económico general, ocurre por primera vez a partir del Tratado de Ámsterdam, del que procede la modificación del artículo 16 del Tratado CE. También el Protocolo sobre radiodifusión pública de dicho Tratado implica una reafirmación de la competencia exclusiva de los Estados para decidir las funciones de servicio público que deben cumplir los organismos de radiodifusión, y hacerlo sin que se ponga en cuestión su criterio sobre lo que debe entenderse por función de servicio público. El decisivo artículo 16 del Tratado CE, reformado por el de Ámsterdam, establece:

«Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios públicos actúen con arreglo a principios y condiciones que permitan cumplir su cometido.»

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado en 2008, artículo 14, ha mantenido el sentido del precepto transcrito.

**210.**  
*Artículo 16  
del Tratado CE  
reformado por  
el Tratado de  
Ámsterdam.*

**211.**  
*Artículo 36 de  
 la Carta de  
 Derechos  
 Fundamentales.*

Finalmente, el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza de 2000, establece:

«La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.»

La Carta de Derechos Fundamentales ha pasado a tener rango de Derecho originario mediante la referencia que hace a la misma el artículo 6.1 TUE. Esta operación, que ha llevado a cabo el Tratado de Lisboa de 2007, se suma a otras referencias incluidas en dicho Tratado que modifican y potencian los contenidos de las normas de Derecho originario anteriores concernientes a los servicios de interés económico general. En este sentido, el nuevo artículo 14 del Tratado de Funcionamiento y, especialmente, el Protocolo 26 del mencionado Tratado de Lisboa que se refiere a los servicios de interés general y reitera los principios tradicionales aplicables a estos servicios, con una mención específica a los de naturaleza no económica.

El Tribunal de Justicia, por su parte, empezó a utilizar de un modo mucho más prudente el artículo 86.2 relativo a los servicios de interés económico general, para admitir con más facilidad las derogaciones generales de las reglas de la competencia en relación con dichos servicios. Los hitos más próximos de este cambio jurisprudencial son las Sentencias *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993, y *Almelo*, de 27 de abril de 1994. También es muy expresiva, en lo que concierne a las normas aplicables a las ayudas de Estado, la Sentencia *Altmark*, de 24 de julio de 2003. En ellas se acepta la financiación privilegiada de un servicio público cuando está justificada por la necesidad de que las prestaciones que se ofrecen lleguen al conjunto de los usuarios.

En lo que concierne, en fin, a la Comisión, el respeto por los principios del servicio público, denominado de esta forma o incluido en las prestaciones que se ofrecen en el marco de los «servicios de interés general», «servicios de interés económico general» o «servicio universal», cada vez merece más atención en la regulación de los nuevos sectores sometidos a la competencia, especialmente gas y energía eléctrica, telecomunicaciones, ferrocarriles, servicios postales, etc.

El criterio final de la Comisión sobre la importancia de los servicios públicos europeos se estableció con firmeza a partir del documento denominado «Los servicios de interés general en Europa», publicado

**212.**  
*La jurisprudencia  
 del TJ.*

el 26 de septiembre de 1996, donde se parte de establecer algunas proposiciones que enlazan con la vieja doctrina:

«La solidaridad y la igualdad de trato en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad...»

Y añade algunas declaraciones cuyo interés no es menor:

«Las sociedades europeas valoran mucho los servicios de interés general que han creado... Suponen un elemento de identidad cultural para todos los países europeos, hasta los gestos de la vida diaria... Estos servicios suelen ser prestados en monopolio o en régimen de competencia tanto por empresas privadas como por organismos públicos, así como por asociaciones público-privadas. La actividad de estos agentes, a veces llamados explotadores, está controlada por las autoridades locales, regionales o nacionales, con prerrogativas y estatutos variables...»

Una nueva Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, también referida a: «Los Servicios de interés general en Europa» puso al día la de 1996 y desarrolló más algunos de sus conceptos. La nueva Comunicación se sitúa ya sobre las aguas absolutamente tranquilas posteriores al debate del servicio público y, partiendo de reconocer su importancia, solo trata de aclarar las concepciones comunitarias al respecto, pensando en que: «Los Estados miembros y los operadores interesados necesitan seguridad jurídica». La interpretación que hace la Comisión de las normas contenidas en los tratados en materia de servicios públicos se inspirará, por ello, en los siguientes principios: primero, se considera que los servicios afectados son exclusivamente los de carácter económico; segundo, la Comisión aplicará la regla de la neutralidad respecto de la propiedad pública o privada de las empresas; tercero, partirá de la libertad de los Estados para definir los servicios de interés general, sometida por el Derecho comunitario solo al control por error manifiesto, y cuarto, se aplicará el principio de proporcionalidad para evitar que las restricciones de la competencia y las limitaciones a las libertades del mercado único no excedan de lo imprescindible para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión que los servicios públicos tengan confiada.

### 213.

*Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa.*

### 214.

*Comunicaciones y textos sucesivos sobre los servicios de interés general.*

El Informe presentado el 17 de octubre de 2001 por la Comisión al Consejo Europeo celebrado en Laeken continúa en la misma tónica y resume el trabajo realizado para desarrollar todos los principios expuestos.

Pero, aunque sin pretensiones de concluir el debate sobre la significación de los servicios públicos en Europa, otras exposiciones relevantes formuló sucesivamente la Comisión Europea, que elaboró un Libro Verde sobre los servicios de interés general, publicado el 21 de mayo de 2003, y un Libro Blanco sobre la misma materia publicado el 12 de mayo de 2004, y una Comunicación en 2006. De nuevo, se insiste en que los servicios de interés general son «uno de los pilares del modelo europeo de sociedad», y que resultan «fundamentales para garantizar la cohesión social y territorial, y la competitividad de la economía europea». Luego han seguido dos Comunicaciones de la Comisión, insistiendo en los mismos principios, de 26 de abril de 2006 y 20 de noviembre de 2007.

#### 4. LA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA RESERVA AL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS ESENCIALES

**215.**  
*Artículo 128.2 CE.*

El segundo inciso del artículo 128.2 CE establece que «mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales».

**216.**  
*Esencialidad del servicio reservado.*

La significación literal del precepto permite concluir que el legislador puede acordar situar, total o parcialmente, fuera del mercado algunos servicios o recursos, operación que, para ser constitucionalmente legítima, tiene que afectar a bienes o servicios esenciales. Desde un punto de vista formal lo más visible en la redacción del precepto es la reserva de ley a que somete la decisión: baste ahora con decir que se reclama que los aspectos básicos de la decisión se contengan en una norma de dicho rango, aunque algunos elementos de la operación puedan ser desarrollados reglamentariamente. Desde el punto de vista sustantivo, la referencia al carácter esencial del recurso o servicio que se reserva, supone una importante discriminación que corrige las políticas nacionalizadoras de bienes y empresas que se acometen desde principios del siglo xx. Estas operaciones terminaron dirigiéndose a cualquier objetivo y fundándose en cualquier clase de plan: muchas veces se invocaba el interés estratégico y otras el empleo, más allá la necesidad de sostener empresas en crisis, en ocasiones la mejor organización del sistema financiero, o, en fin, cualquier otra justificación, más o menos coyuntural, o más o menos vinculada al interés general, como ya hemos tenido ocasión de estudiar.

Alguna doctrina, bien apegada por su generación a la dogmática clásica del servicio público, ha visto en el inciso del artículo 128.2 que

ahora estudiamos, una alusión, sobre todo, a la atribución a la Administración de la titularidad exclusiva de servicios públicos. J. L. VILLAR PALASÍ había venido sosteniendo, desde antes de la aprobación de la Constitución, que lo característico del servicio público es tratarse de una actividad encomendada en exclusiva a la Administración pública. GARRIDO FALLA había admitido que el servicio público bien podría configurarse como una actividad de exclusiva titularidad de la Administración, o bien, igualmente, una actividad u orden de prestación en el que aquella debía atender las necesidades sociales básicas o los requerimientos del interés general, sin perjuicio de que pudieran concurrir con ella, organizando y gestionando las mismas actividades, empresas o particulares. El caso de la educación, entre los servicios sociales, es paradigmático. Después de aprobada la Constitución, el propio GARRIDO FALLA corrigió esta postura más abierta forzado, en su criterio, por el artículo 128.2 de la Constitución, que debe interpretarse, según dicho autor, en el sentido que solo cabe un servicio público en los casos establecidos en dicho precepto. Las reservas de servicios deben ser, además, exclusivas. El servicio público reclamaría también siempre un régimen jurídico especial, de manera que en los demás casos en que el sector público acometa iniciativas empresariales, debe hacerlo en régimen de mercado, en igualdad de condiciones con la empresa privada.

Resulta, sin embargo, de las razonadas exposiciones de estos autores un estrechamiento de la noción de servicio público que, a nuestro juicio, en modo alguno puede entenderse acogido por la Constitución.

El artículo 128.2 se limita a establecer que solo pueden reservarse servicios esenciales, pero no excluye la existencia de otros servicios públicos relativos a prestaciones o actividades en las que también puedan concurrir empresas o particulares. La propia experiencia de las regulaciones del servicio público existentes entre nosotros, antes y después de aprobada la Constitución, demuestra que se han mantenido algunos servicios públicos cuya titularidad y gestión, directa o indirecta, se ha atribuido a la Administración, y otros que, existiendo o no tal asignación, se refieren a actividades que se mantienen abiertas a la iniciativa privada: la educación, la sanidad, la televisión o el servicio eléctrico son algunos ejemplos.

Incluso, aplicando el artículo 128.2, la Constitución no prohíbe que la reserva pueda no ser en exclusiva.

**217.**  
*Monopolizados o  
en concurrencia.*

**218.**  
*Fundamentos de la  
concurrencia.*



Lo importante de la habilitación, a nuestro juicio, es que permite establecer una reserva que, si el legislador así lo decide, sustraiga bienes o servicios del mercado, los sitúe fuera de la libre competencia. La cuestión de la concurrencia de los privados a la prestación del mismo servicio puede ordenarse, al establecer la reserva, de dos maneras: o dejando abierto el sector en el que el servicio se desenvuelve para que las empresas privadas que lo estimen conveniente, concurren, total o parcialmente, organizando prestaciones del mismo género; o, que se excluya cualquier tipo de actividad privada que no sea la consistente en gestionar el servicio por cualquier tipo de acuerdo o concesión de la Administración titular del mismo.

Una operación de retirada del mercado de un servicio (la ubicación sistemática del artículo 128 exige entender que se refiere a servicios económicos, lo que, por otra parte, tampoco excluye que otros servicios sociales puedan regularse excluyendo la libertad de empresa, ya que la consagración de esta en el artículo 38 CE no implica que pueda desenvolverse en cualquier sector: cfr. STC de 8 de julio de 1989), es tan importante que se explica bien que la Constitución, restringiendo la libertad absoluta con que el legislador había operado en ocasiones anteriores, autorice las reservas únicamente respecto de recursos o servicios esenciales.

La delimitación de lo que sea o no esencial es el extremo de más interés del precepto.

S. MARTÍN-RETORTILLO ha propuesto una aproximación a la noción de «servicio esencial», aludiendo a otros dos preceptos de la Constitución que utilizan idéntico concepto: los artículos 28.2 y 37.2. El primero prevé que la ley que regule el derecho de huelga habrá de establecer las garantías precisas «para asegura el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», y el segundo, encomienda a la ley que regule los conflictos colectivos que incluya, igualmente, las garantías de los indicados servicios utilizando una redacción idéntica.

La interpretación de las indicadas expresiones la hizo el Tribunal Constitucional en la primera ocasión en que se invocaron a propósito de un conflicto. La Sentencia TC 26/1981, de 17 de julio, dijo que en relación con los servicios esenciales existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado, aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, «servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el

### 219.

*La delimitación del concepto de «servicio esencial».*

### 220.

*Jurisprudencia del TC.*

carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda acepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la pretensión se endereza, «para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos».

Además de que las diferencias entre las dos versiones de la noción «servicio público esencial» que el párrafo transcrito maneja, no resultan evidentemente claras, creemos que su aplicación para desentrañar el significado del uso de aquella expresión en el artículo 128.2 conduce a resultados bastante inútiles. Considérese que los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución lo que pretenden es preservar el mantenimiento de las necesidades básicas de la población en situaciones de huelga o conflicto colectivo. Estas garantías son coyunturales y afectan no solo a servicios de titularidad administrativa, sino también a empresas o actividades privadas que aprovisionan a la población de bienes o prestan servicios imprescindibles para el desenvolvimiento normal de la vida en comunidad. La noción de servicios esenciales en los preceptos citados es, por ello, amplísima y puede aplicarse a establecimientos privados cuyo régimen no variará ni durante ni después de la crisis.

Los servicios esenciales a que alude el artículo 128.2 son, por lo que ya hemos explicado, económicos, y la operación de reserva no es coyuntural, sino estable, y consiste en trasladar al sector público, total o parcialmente, la titularidad y la gestión de una actividad. Habida cuenta que, a efectos de los artículos 28.2 y 37.2 puede ser «esencial» el servicio de abastecimiento de pan, de transportes, de supermercados, de farmacias o de la televisión, no tendría el menor sentido que, interpretando el concepto «esencial» que usa el artículo 128.2, admitiéramos que se puedan reservar al sector público todos los servicios de abastecimiento indicados. Si así fuera, el concepto «esencial» carecería de todo valor sustancial y no sería obstáculo para que pasara al sector público cualquier actividad económica, por poca trascendencia que tuviera para los intereses generales.

Además de la delimitación negativa del concepto que resulta de lo dicho, ayudarían a su interpretación las dos circunstancias siguientes: se trata de servicios económicos, en primer lugar, y segundo, los poderes públicos se los reservan, esto es, los retiran del mercado, estableciendo para ellos un régimen especial alejado de las reglas de la competencia.

**221.**

*El artículo 128.2 CE se refiere a servicios económicos.*

**222.**  
*Interpretación  
económica.*

Esta nueva concreción del sentido del precepto permite excluir que la noción «esencial» esté vinculada a atenciones vitales, a la cobertura de necesidades existenciales, o a que sean relevantes las prestaciones que ofrece. El concepto «esencial» del artículo 128.2 es sustancialmente económico. Un servicio esencial tiene que ser por ello el prestado en un sector de la actividad económica por empresas que desarrollan actividades relevantes para la ordenación general de la economía, en el caso del Estado, de la actividad económica regional, en el caso de las Comunidades Autónomas, o para la vida económica local, en el caso de los Ayuntamientos.

Precisamente porque el artículo 128.2 se refiere a servicios económicos, su régimen no se aplica ni a los servicios de autoridad ni a los servicios sociales, que, en la Constitución reciben una regulación y un tratamiento separado (con remisión final a regulaciones legales que no operan con la limitación de la «esencialidad», dejando mucha mayor discrecionalidad a la regulación que la ley de cada sector establezca).

Una última referencia es pertinente ahora sobre las reservas de bienes y servicios acordadas por la Administración local.

La Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, que no ha modificado prácticamente en nada el régimen de prestación de los servicios públicos locales, en relación a como lo dejó establecido la legislación preconstitucional, ha adaptado, sin embargo, la regulación de las municipalizaciones a lo establecido en el artículo 128 CE, en su artículo 86 (modificado por la ley de sostenibilidad y racionalización de la Administración Local 27/2013, de 27 de diciembre) que conviene reproducir entero antes de explicar los únicos problemas que su redacción plantea:

**223.**  
*Reservas de  
servicios locales.*

«1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al Pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domicilia-

rio y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del Pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.»

Primero que, coincidiendo con la interpretación que nos parece adecuada del artículo 128.2, se refiere exclusivamente a servicios económicos. Segundo, que la traslación de estos servicios al sector público, cuando se hace en régimen de monopolio, debe llevar aparejada la correspondiente indemnización por aplicación de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución. Y tercero, que la habilitación legal a favor de las Corporaciones locales para que sean sus órganos los que decidan, dentro del marco establecido en el artículo 86, la ejecución de la municipalización, especialmente cuando es con monopolio, ha permitido que se planteen dudas de constitucionalidad (S. MARTÍN-RETORTILLO) al no ser la ley, como parece exigir el artículo 128.2, la que decide la reserva directamente.

La legislación autonómica de régimen local ha establecido regulaciones generales de la misma cuestión que pretenden ser sustitutivas de la fijada en el precepto transcrito. Valga el ejemplo de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. En su artículo 32 se regula lo que denomina «servicios públicos reservados», y declara la reserva a favor de los municipios de los servicios públicos básicos que enumera el artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía, sin perjuicio de que mediante ley se puedan reservar otras actividades y servicios. Habilita la reserva con y sin monopolio, y establece seguidamente los requisitos para acordar el régimen de monopolio. Concluye con la prescripción de que: «La recepción y uso de los servicios públicos reservados a las entidades locales podrá ser declarada obligatoria para los ciudadanos mediante ordenanza, cuando lo requiera la seguridad, salubridad o circunstancias de interés general»; habilitación que, seguramente, es demasiado genérica para cubrir la reserva de ley en cuanto concierne a la limitación de las libertades de los ciudadanos o la imposición de prestaciones forzosas.

**224.**

*Reservas directas y habilitaciones para reservar.*

**225.**

*Reservas en la legislación autonómica.*

## 5. LÍMITES A LAS RESERVAS DERIVADOS DE SU AFECTACIÓN A OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Algunos autores (G. ARIÑO) han pretendido interpretar el artículo 128.2 en el sentido de que no es posible una reserva de servicios a favor del sector público cuando tal reserva puede llevar consigo que un derecho fundamental o libertad pública, consagrados en la Constitución, tengan que dejar de ejercerse o no puedan disfrutarse en absoluto por los ciudadanos.

El problema se ha centrado, inicialmente, en relación con la libertad para la creación de medios audiovisuales. En el tiempo en que el problema se suscitó, la televisión estaba declarada, con carácter general, por disposición del Estatuto de la RTVE de 1980, como un servicio público esencial de titularidad estatal. Como acababa de aprobarse la Constitución entonces, no cabe duda de que el concepto fue tomado directamente del artículo 128.2. Tal reserva implicaba necesariamente que ningún ciudadano o empresa pudieran, en el ejercicio de su iniciativa económica, establecer canales de televisión de ninguna clase sin contar con una concesión previa de la autoridad administrativa. Algunos empresarios habían intentado, en efecto, en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución, utilizando el artículo 20.1.a) y d) de la misma (que reconocen, respectivamente, el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»), establecer canales privados de televisión. Ante el silencio o la negativa de la Administración del Estado frente a las peticiones correspondientes de adjudicación de disponibilidades del espectro radioeléctrico, las reclamaciones concluyeron ante el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, puso término a esta polémica en un sentido completamente negativo para los intereses de los recurrentes.

Según el Tribunal Constitucional, «el principio general de nuestro ordenamiento es el derecho a crear soportes o instrumentos de comunicación». Pero este derecho tiene sus límites. «Cuando el medio de reproducción que se crea tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización... su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el statu quo jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libre». Utilizó el Tribunal Constitucional en la citada sen-

### 226.

*¿Es el servicio público contrario al ejercicio de libertades fundamentales?*

### 227.

*El ejemplo de la reserva del servicio de televisión.*

tencia y en otras muchas sucesivas el indicado argumento para negar que la llamada «televisión privada» fuera una actividad empresarial necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución (Sentencias 44/1982, 74/1982, 79/1982, 109/1986, 21/1988, 181/1990, 206/1990, 119/1991, 108/1995, 146/1995, 167/1995, 168/1993, 244/1993, 278/1993 y 127/1994).

Al argumento central de la sentencia citada de 1982 se añadieron en las sucesivas algunos otros complementarios respecto de la indisponibilidad para la iniciativa privada del dominio público radioeléctrico, de las limitaciones de las frecuencias disponibles o de la implicación en esta actividad de la normativa de Derecho internacional.

Posteriormente, la apertura a la «televisión privada» se produjo con la regulación por Ley 10/1988, de 3 de mayo, de la gestión indirecta del servicio público de la televisión. La regulación primera de la televisión privada en España, que acuerda la indicada ley, no abrió el mercado a la iniciativa privada. Lo que habilitó la Ley, como proclamó su artículo 1, es la «gestión indirecta del servicio público de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado». Lo cual significaba el mantenimiento de la definición de la televisión como servicio público esencial que había hecho el Estatuto de RTVE de 1980, con la admisión ahora de la colaboración de empresas privadas en la gestión de dicho servicio a título de concesionarios. Tal apertura seguía partiendo de la base de que ningún empresario, por su propia iniciativa, podía establecer un canal de televisión. Seguía siendo precisa una concesión previa de la autoridad administrativa competente.

Como consecuencia de la reserva al sector público del «servicio esencial» de la televisión, la actividad mercantil en un sector entero, de enorme importancia en el desarrollo de la economía de finales del siglo xx, quedaba sustraída a la libertad de empresa. Al mismo tiempo, quedaba afectada la libertad de expresión en la que, en ningún caso, podría incluirse la libertad de creación de medios audiovisuales.

La corriente doctrinal antes referida postuló una interpretación constitucional según la cual las reservas de servicios públicos que menoscaban de esta manera el ejercicio de derechos y libertades consagrados en la Constitución son inconstitucionales.

Un debate semejante se había producido también en Francia a raíz de que cuatro *arrêts* del *Conseil d'État* (de 16 de abril de 1986 los tres primeros y de 17 de diciembre el cuarto) relativos a las concesiones de canales privados de televisión. Las resoluciones del Consejo permitieron que la doctrina francesa se planteara una vez más la signifi-

**228.**

*No existe la iniciativa empresarial cuando el servicio se configura como de titularidad pública.*

**229.**

*El debate sobre la compatibilidad entre servicio público y libertad en Francia.*

cación constitucional de los servicios públicos y su compatibilidad con el ejercicio de algunas libertades públicas. P. DELVOLVÉ había observado, poco antes de que las aludidas resoluciones se produjeran, que la noción de servicio público carecía de un contenido fijo y dependía mucho de las regulaciones concretas con que, en cada caso, quisiera configurarlo el legislador. Su análisis concluía con la afirmación de que el servicio público restringe la libertad y opera ordinariamente como su opuesto. Siguió luego un debate riguroso, con participación de muchos autores, en la *Revue Française de Droit Administratif* y en la *Revue de Droit Public*. Destaco, entre ellas, la opinión de S. REGOURD, en el sentido de que no puede sostenerse que exista tal oposición entre el servicio público y la libertad. Como él, la mayoría de los autores que participaron en el debate, con lo único que confrontan el servicio público es con la libertad de empresa, limitándola, pero no con las libertades en general. Y en relación con la libertad de empresa, se convino que la Constitución no la ha configurado con carácter absoluto de modo que pueda utilizarse para crear establecimientos o desarrollar actividades económicas en cualquier sector.

**230.**  
La doctrina  
española.

Otros autores españoles (C. CHINCHILLA, T. DE LA QUADRA) hicieron entre nosotros la misma defensa. Frente a las ideas casi abolicionistas del servicio público que mantenía la otra corriente doctrinal citada, apelaban a la importancia del servicio público para proteger un orden político y social progresivo y garantizador de las libertades. No les parecían, en definitiva, prohibidos por la Constitución los servicios públicos que pudieran afectar de algún modo a las libertades. Incluso respecto del servicio público de la televisión, aquellos autores sostuvieron en concreto que la configuración de la actividad como servicio público protegía mejor las libertades de comunicación que la libertad empresarial estricta y sin restricciones.

**231.**  
Posición del TC.

El Tribunal Constitucional, cuando se ha enfrentado con la calificación de servicio público esencial de la televisión, lo ha aceptado sin muchos paliativos, aun considerando que supone una restricción de la libertad de empresa en general (artículo 38) y de la libertad de creación de medios en particular (artículo 20). Es, según el Tribunal Constitucional, el legislador el que debe delimitar el derecho a la creación de medios y regular la comunicación audiovisual. Una de las posibilidades técnicas que el Derecho Público pone a su alcance para llevar a cabo tal regulación, es la declaración de la actividad como servicio público. Es esta una manera legítima de enmarcar el ejercicio de las libertades constitucionales, que no se niegan, pero que tienen que ejercerse en dicho contexto jurídico. En el caso de la televisión, la titularidad estatal

del servicio determina que las empresas privadas solo pueden crear medios de este tipo a título de concesionarios. Algunos límites a la utilización de la técnica del servicio público con la consiguiente restricción a la libertad que puede imponer, se empiezan a argumentar a partir de la Sentencia 206/1990. Dice al respecto que, aunque la Constitución permita declarar una actividad como servicio público esencial, esta técnica no puede ser considerada como «una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay un juego de derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica a favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar».

Los términos de la Sentencia de 1990 fueron desarrollados definitivamente por la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley «de televisión privada», de 3 de mayo de 1988. Dice la Sentencia que el servicio público «no constituye una noción unívoca» y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores— sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. La declaración de la televisión como servicio público, dice el Tribunal, «no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la Constitución, ningún precepto lo impide ni expresa ni tácitamente». Niega que tal declaración sea «una insoslayable amenaza para los derechos del artículo 20.1 de la Constitución». Pero establecidas todas estas consideraciones favorables a la reserva al sector público de un servicio con implicaciones sobre una libertad fundamental, reflexiona el Tribunal sobre la relación entre el servicio público y la libertad en los siguientes términos: «La asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público... no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que pueden ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad». La calificación de la televisión como servicio público no se puede declarar inconstitucional, según establece la Sentencia citada, porque suponga incluir en la órbita de un servicio público, y por tanto restringir, algunos derechos fundamentales, como los del artículo 20 en este caso. Pero aun no existiendo obstáculos constitucionales a tal calificación legal, el legislador está obligado a «ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias».

**232.**

*El servicio público no es incompatible con el derecho general de libertad.*



Esta cuestión de la habilitación general para la reserva —que tiene que justificarse en razones de interés público— y su necesaria compatibilización con los derechos fundamentales a los que no se puede imponer «restricciones innecesarias», matiza las aplicaciones del artículo 128.2 de la Constitución, en el sentido de que no confieren al legislador, cuando decide una reserva a favor del sector público de un servicio público esencial, el poder incondicionado de hacerlo monopolísticamente, especialmente porque si están implicados en la monopolización derechos fundamentales, la regulación del servicio debe hacerse del modo menos lesivo para la libertad, permitiendo el acceso de los particulares a la gestión del servicio, aunque sea, como en el caso de la televisión, a título de concesionarios. Cabe suponer, a tenor de lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional comentada, que si la regulación del servicio público esencial de la televisión se hubiera hecho permitiendo la gestión de los canales disponibles solamente a empresas dependientes del sector público, la operación hubiera debido ser considerada como inconstitucional.

La jurisprudencia constitucional en materia de televisión adolece, sin embargo, de bastantes contradicciones internas. La conclusión a la que acabamos de llegar es bastante incompatible, por ejemplo, con la idea expresada en la Sentencia de 1982 citada, y en todas las que han seguido su doctrina, sobre que la creación de medios audiovisuales depende absolutamente de la decisión del legislador. Aunque, a los efectos de lo que ahora analizamos, las conclusiones que se derivan de lo que la jurisprudencia ha establecido son plausibles porque se sitúan en una interpretación del artículo 128.2 de la Constitución favorable a la libertad.

A partir de la Sentencia 31/1994, se ha formado otra importante doctrina del Tribunal Constitucional (también SSTC 240/1994, de 20 de julio; 98/1994, de 11 de abril; 281/1994, de 17 de octubre; 47/1994, de 6 de febrero; 307/1994, de 14 de noviembre; 12/1995, de 16 de enero; 47/1996, de 25 de marzo, etc.), que añade nuevos perfiles a la cuestión del ejercicio de las libertades públicas en el marco de servicios que, genéricamente, han sido reservados al sector público.

## 6. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS DE TITULARIDAD PÚBLICA

### A) Principios concernientes a su funcionamiento

En la moderna legislación de régimen local se formulan listados bastante extensos de los principios que informan el funcionamiento de los servicios de interés general. Por ejemplo, el artículo 27 de la

Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, menciona los siguientes: universalidad, igualdad y no discriminación, continuidad y regularidad, precio adecuado a los costes del servicio, economía, suficiencia y adecuación de medios, objetividad y transparencia en la actuación administrativa, prevención y responsabilidad por la gestión pública, transparencia financiera y en la gestión, calidad en la prestación de actividades y servicios, calidad medioambiental y desarrollo sostenible, adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa. Estos principios informadores los extiende la Ley mencionada, tanto a los servicios de titularidad pública como a los de titularidad privada, aunque en este último caso parece evidente que nociones como la de discrecionalidad administrativa o de transparencia en la actuación administrativa resultan difíciles de encajar.

Buena parte de este extenso listado puede todavía reconducirse a las tres grandes leyes del servicio público que enunció L. ROLLAND y que se han venido manejando por la doctrina habitualmente hasta la actualidad: continuidad, mutabilidad e igualdad.

El principio de continuidad garantiza que la actividad a que se refiere el servicio está disponible sin paralizaciones, suspensiones o quiebras, de modo regular, en favor de sus destinatarios. Si la razón de ser de los servicios públicos asumidos por la Administración es su carácter esencial para la colectividad, la Administración titular de los mismos ha de cuidar, de manera predominante, de la continuidad de la prestación. El concepto no impide que haya interrupciones si están programadas en el servicio, como puede ejemplificarse en el caso de los servicios públicos que permiten el acceso del público en unos horarios determinados. Lo importante, por tanto, es la idea de regularidad.

El principio de mutabilidad requiere que el servicio público se adapte, en cuanto al contenido de las prestaciones, a los estándares óptimos de prestación (en la jurisprudencia se ha utilizado intensamente la idea de los estándares de funcionamiento de los servicios públicos, a los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración titular de los mismos, cuando se causan lesiones a los usuarios porque la situación o funcionamiento del servicio no los respeta: Sentencias, entre muchas, de 4 de junio de 1994, 3 de junio de 1995, 9 de octubre de 2001, 16 de diciembre de 2002, etc.), es decir, a estándares de calidad y otras condiciones que han de cambiarse siempre que las circunstancias tecnológicas, económicas o de otro orden lo impongan. Cuando quienes prestan los servicios públicos son contratistas o concesionarios, están obligados a soportar las modificaciones que la

**234.***Continuidad.***235.***Mutabilidad y estándares del servicio.*

Administración titular del servicio acuerde, como actualmente indica el artículo 258.1 LCSP, sin perjuicio del derecho a obtener una compensación económica cuando la modificación afecta a la estructura financiera del contrato. También afecta a los contratistas de servicios públicos la denominada «cláusula de progreso» que les impone la prestación del servicio acomodándose a los niveles de la tecnología existente en cada momento.

El principio de igualdad ante el servicio público es una derivación del principio general de igualdad del artículo 14 CE, que exige, por una parte, que los servicios públicos se organicen evitando cualquier discriminación y permitiendo, por tanto, el acceso al mismo en condiciones igualitarias. Y, por otra, debe permitir el acceso y disfrute de los mismos en condiciones de igualdad a todos los usuarios. La igualdad implica también la necesidad de establecer discriminaciones positivas y reglas especiales para los ciudadanos que se hallan en situaciones de desigualdad, como veremos más adelante que está haciendo, cada vez con más precisión, la legislación para asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de minorías, especialmente de las personas con discapacidad.

**236.**  
*Igualdad.*

**B) Los usuarios y sus relaciones con el servicio**

a) *El derecho al establecimiento del servicio*

El derecho a exigir prestaciones de la Administración se ha enfrentado tradicionalmente con la idea de que los derechos económicos y sociales se han concebido como de configuración legal, de modo que depende del legislador el establecimiento de los servicios destinados a ofrecer prestaciones de aquel carácter a los ciudadanos que puedan permitir la realización de los derechos que la Constitución se limita a proclamar. Si el legislador se mantiene inactivo, impediría el ejercicio de aquellos derechos y el establecimiento de los servicios correspondientes. No podría tampoco exigirse a la Administración.

Sobre la necesidad de establecer instrumentos que permitan reaccionar contra la inactividad de los poderes públicos que impiden que los ciudadanos reciban las prestaciones a las que, según la Constitución, tienen derecho, ha sido objeto de algunos avances importantes desde finales del siglo xx.

Por lo que concierne a la inactividad del legislador, cuando impide el ejercicio de derechos, la vía quedó abierta a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1995 que completa un

**237.**  
*Acciones contra la omisión del legislador o la inactividad de la Administración.*

bloque jurisprudencial iniciado con la Sentencia 31/1994. Cuando la inactividad es imputable a la Administración, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha regulado un nuevo recurso dirigido directamente contra «la inactividad de la Administración» (artículo 25.2). Las pretensiones procesales que pueden ejercitarse en el marco de esta acción nueva se dirigen contra la inactividad y se concretan en que «el órgano jurisdiccional condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones» (artículo 32). El artículo 29 limita su utilización a los casos en que «la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas». La legitimación debe extenderse a todos los que ostenten un derecho o interés legítimo. La Ley admite, en fin, la posibilidad de obtener medidas cautelares inmediatas amparándose también en dichos supuestos, que deberán otorgarse necesariamente, salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en dichos artículos (29 y 30) o la medida ocasione la perturbación grave de intereses generales o de tercero.

Estas dos clases de acciones por inactividad, la constitucional por la omisión del legislador y la contencioso-administrativa por la inactividad de la Administración, nos ponen sobre el terreno de las últimas consideraciones que debemos formular en relación con la justiciabilidad de los derechos sociales.

Las posibilidades de reclamar ante la Justicia por vulneraciones de los derechos económicos y sociales son distintas si se plantean antes de que se haya producido la regulación de los mismos, o se inician las acciones en un marco ya organizado y en funcionamiento para garantizar el disfrute de tales derechos.

Esta distinción ha sido usada tradicionalmente por la doctrina administrativista para distinguir entre los derechos de los administrados a la creación y el mantenimiento de servicios públicos y establecimientos de carácter prestacional, y los derechos al uso y disfrute de los servicios existentes.

La creación de los servicios se ha enmarcado en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración. La excepción a esta regla han sido algunos servicios locales. Nuestra legislación de régimen local ha distinguido históricamente entre gastos obligatorios y voluntarios de los Ayuntamientos. Los últimos se consideran discrecionales (artículo 796 LRL de 1955), mientras que los primeros son forzo-

**238.**

*Derecho a la creación de servicios y obtención de prestaciones.*

sos. En su virtud, el artículo 683 LRL, citada, reconocía la posibilidad de impugnar el presupuesto municipal cuando no recogía dichos gastos. Estaban legitimados para ello todos los habitantes del territorio de la entidad local y las demás personas interesadas, incluidas las asociaciones, corporaciones o personas jurídicas. En esta medida, tenía que entenderse que la legislación de régimen local establecía un derecho de los ciudadanos al establecimiento del servicio público correspondiente. Esta conclusión, que parece corresponderse con la mejor lógica, podía no obstante cuestionarse considerando que el artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 mantuvo siempre que pertenece exclusivamente a las Entidades locales la potestad de constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia.

La Ley de Régimen Local de 1985, ahora vigente, ha profundizado en el mismo orden de ideas, corrigiendo incluso el último extremo de discrecionalidad que acaba de mencionarse, reconociendo expresamente en su artículo 18.1.g) a los vecinos el derecho a «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». Los artículos 150 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales de 1988 ampliaron inmediatamente esta regulación.

Por lo que concierne al derecho a la utilización y disfrute de los servicios existentes, el régimen general es el de remisión a lo establecido en las normas reguladoras de cada uno de ellos (artículo 42 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). La Ley de Régimen Local de 1985 establece en su artículo 18.1.c) que los vecinos tienen derecho a «utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales». El régimen de esta utilización puede ser muy variado, tanto en el ámbito de la legislación local como de la legislación general del Estado. En esta última existen servicios y derechos de utilización y disfrute obligatorios: la afiliación obligatoria a la Seguridad Social (artículo 15 del Texto Refundido de 20 de junio de 1994); también lo es la enseñanza básica (artículo 27.4 de la Constitución); también se regulan servicios de modo que el acceso está limitado a grupos de ciudadanos, como es el prototípico caso de la beneficencia municipal. En otras ocasiones, no se determina con precisión la obligatoriedad o voluntariedad, sino que la reglamentación se remite al cumplimiento por los usuarios de las condiciones y requisitos establecidos en cada caso (artículo 128.1.2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y en la legislación general del Estado este es el régimen común en la legislación de transportes, de 1987; en la Ley

**239.**

*Derecho al uso y disfrute de los servicios y prestaciones de estabilidad.*

General de Sanidad, de 25 de abril de 1986; en la Ley del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997; en la Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003, etc.).

La igualdad entre los usuarios respecto del disfrute del servicio, así como la posibilidad de exigir responsabilidades a la Administración en los supuestos en que los usuarios de los servicios públicos sufren daños debidos a que la Administración responsable de los mismos no mantiene un estándar de funcionamiento adecuado, son otras posibilidades que el ordenamiento ofrece para garantizar derechos de carácter económico y social (respecto de la responsabilidad, en aplicación de lo establecido en el artículo 106 de la Constitución y los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en términos que, para lo que aquí se indica, han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia; por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1973; 11 de diciembre de 1974; 5 de mayo y 22 de junio de 1989; 30 de julio de 1988; 27 de enero, 7 de abril y 17 de junio de 1989; 30 de enero, 26 de junio y 23 de noviembre de 1990, etc., que sientan una doctrina jurisprudencial que, en esta materia, se mantiene firme hasta hoy).

Las garantías ofrecidas para la realización y exigibilidad de algunos derechos sociales han sido reforzados, en ocasiones por algunas leyes especialmente preocupadas por la igualdad de derechos de algunos colectivos. Es ejemplar el caso de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Toda la Ley está orientada a «garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución» (artículo 1.1). Se entiende por igualdad de oportunidades la «ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social» (artículo 1.1, segundo párrafo).

La garantía de este derecho se establece imponiendo a los poderes públicos la adopción de medidas positivas concretas contra la discriminación (artículo 5). Pero también calificando como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad las discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas (artículo 4). La Ley define en los artículos 7 y

**240.**

*Igualdad de los usuarios, estándares de funcionamiento y responsabilidad.*

**241.**

*Derechos frente a la discriminación.*

siguientes las medidas contra la discriminación, las medidas de acción positiva y las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

#### 242.

*Realización de la igualdad de oportunidades.*

Lo más destacado, a los efectos de lo que estamos tratando en este epígrafe, son las medidas de defensa que contemplan los artículos 17 y siguientes. Destacan entre ellas: primero, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva «con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda» (artículo 17). Segundo, el reconocimiento del derecho a la tutela judicial plena frente a la violación del derecho a la igualdad de oportunidades, tal y como la Ley lo define, así como la indemnización por los daños y perjuicios que hayan podido producirse y la adopción de las medidas reparadoras que sean necesarias (artículo 18). Tercero, se reconoce la legitimación para actuar en vía administrativa y contenciosa en los términos más amplios (artículo 19). Y cuarto, se prevé específicamente la traslación de la prueba de la no discriminación al demandado cuando el juez aprecie que resulta objetivamente difícil la disponibilidad y facilidad probatoria a quien reclama, cuando existan graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de la discapacidad.

#### 243.

*Las acciones contra la vulneración de los derechos de los discapacitados.*

#### b) *Derechos y deberes*

Son las normas que regulan cada servicio las que determinan el régimen jurídico que rige las relaciones entre el usuario y la entidad prestadora del servicio. La forma en que el servicio se presta y el contenido de las prestaciones es, por tanto, de naturaleza objetiva, en el sentido de que esencialmente queda excluida de la voluntad de las partes su modificación o concreción. Son, por tanto, normas de carácter imperativo las que fijan los términos de la relación. Los artículos 33 y 42 del viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 acertaron a expresar estas ideas exactamente: «Las corporaciones locales determinarán en la reglamentación de todo servicio que establezcan las modalidades de prestación, situación, deberes y derechos de los usuarios»; «La prestación de los servicios se atemperará a las normas que rijan cada uno de ellos».

El acceso al servicio tampoco tiene naturaleza contractual, sino que se produce en virtud de decisiones administrativas de carácter unilateral, de actos administrativos en definitiva, que determinan que el usua-

rio, una vez que empieza a serlo, quede sometido, en relación con la Administración prestadora del servicio, en una relación especial de sujeción, que le permite a aquella ejercer potestades de supervisión y control que pueden afectar intensamente a la posición jurídica del usuario. No obstante, algunas normas reguladoras de servicios en concreto habilitan la posibilidad de que el acceso a los servicios se produzca no mediante actos unilaterales sino por la vía del contrato, como ocurre con los servicios de gas o electricidad, o los telefónicos.

Entre los derechos de los usuarios, los más relevantes son el derecho de acceso al servicio, el derecho al disfrute del servicio y el derecho de participación en la configuración y gestión del servicio. El acceso al servicio puede o no requerir la cumplimentación de algún requisito específico como, por ejemplo, ocurre con el ingreso a la universidad, o de organizarse mediante una selección previa de los solicitantes. Pero lo normal es que el acceso se produzca, sin otros requisitos, por el simple cumplimiento de las condiciones que las normas que lo regulan tienen estipulados. Así en los servicios hospitalarios o de transportes.

El derecho de disfrute al servicio está vinculado con los principios de regularidad y con las exigencias de calidad que se imponen con carácter general. La regularidad implica que el disfrute del servicio pueda producirse en los períodos en que está previsto su funcionamiento. La calidad se corresponde con estándares mínimos concernientes a los contenidos que se ofrecen a los ciudadanos (suministro eléctrico sin interrupciones, servicio telefónico en condiciones de audición y cobertura, etc.).

En cuanto al derecho de participación, es la consecuencia de su consagración general en el artículo 9.2 de la Constitución y tiene expresiones muy variadas en la legislación de algunos servicios públicos como los educativos (artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, y artículo 119 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación), de seguridad social (Ley de 1994, artículos 64 y ss.) o en materia de consumo (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007).

Ya nos hemos referido extensamente, en un apartado anterior, a la creciente significación de las fórmulas participativas, que son una de las manifestaciones clave de la nueva relación de los ciudadanos con los servicios públicos.

Por lo que concierne a las obligaciones de los usuarios, destacan la observancia de las normas que regulan el servicio, cuyo cumplimiento



**245.**  
*Obligaciones.*

permite a la Administración, habilitada por potestades de supremacía especial en relación con aquellos, adoptar las medidas sancionadoras que sean pertinentes para evitar la infracción o reparar el daño. Cuando los servicios se prestan mediante contraprestación, es su obligación el abono de la tasa o tarifa correspondiente. A la naturaleza de estas y los criterios que han de emplearse para fijarlas nos referimos a continuación.

**C) En particular, las contraprestaciones por la utilización de los servicios públicos**

a) *Tasas y tarifas*

**246.**  
*Carácter tributario de las tasas y no de las tarifas.*

Las contraprestaciones que han de abonarse por el uso de los servicios públicos se han configurado tradicionalmente en nuestra legislación como tasas o como tarifas. Las primeras tienen carácter tributario y, normalmente, se aplican a los servicios que gestiona directamente la Administración pública. Las tarifas son percepciones de naturaleza no tributaria con las que se retribuye a los concesionarios que gestionan indirectamente un servicio público. La distinción cuenta con bastante antigüedad en nuestro Derecho porque, al menos, ya estaba consignada en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, donde se establece la diferencia entre tasas y otros derechos de la Hacienda local en contraposición a las tarifas que corresponden a las entidades gestoras de servicios municipales. En el ámbito del Derecho local, la distinción se consolidó en el Reglamento de Haciendas Locales, de 4 de agosto de 1952, y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955. En la legislación estatal, la misma contraposición entre tasas y tarifas se impuso en la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, de 26 de diciembre de 1958; Ley de Haciendas Locales, de 24 de diciembre de 1962, y Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, hasta aparecer consignada en la legislación en materia de contratos y usarse en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como en la Ley General Tributaria de 2003 en los términos que enseguida veremos.

**247.**  
*Evolución legislativa de la distinción.*

La aplicación de tarifas a los servicios públicos es particularmente adecuada para calcular la retribución asumiendo que se trata de un precio en el que tiene que incorporarse el coste de la organización y prestación del servicio, así como el razonable beneficio de la empresa gestora del mismo. Estos elementos forman parte del cálculo de la cuantía de la tarifa, según estudiaremos en el apartado

siguiente. La distinción entre la potestad tributaria y la potestad tarifaria ha sido siempre asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde aparece el reconocimiento de que la potestad tarifaria corresponde a la Administración aunque tiene la naturaleza de un precio privado que retribuye al concesionario, mientras que las tasas tienen naturaleza tributaria y se aplican a los servicios que gestionan directamente las Administraciones públicas (SSTS de 21 de abril y 2 de julio de 1999, 30 de abril de 2001, 17 de noviembre de 2004, 20 de octubre de 2005, 7 de mayo de 2007). También reconoce esta jurisprudencia una razonable discrecionalidad de la Administración para configurar las contraprestaciones por los servicios públicos como tasas o como tarifas, salvo en los supuestos en que la gestión es directa por la Administración, en cuyo caso la contraprestación tiene que ser sobre la fórmula de las tasas (o, en su caso, de precios públicos: artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y artículo 41 del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004).

Esta situación ha cambiado de manera importante a partir de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en cuyo artículo 2.2.a) se definen las tasas del siguiente modo: «Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o en el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado». El párrafo segundo del mismo artículo dispone: «Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho Público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público».

El precepto innova las regulaciones anteriores en un punto esencial, que es el de considerar que están sometidos a un «régimen de Derecho Público» todos los servicios públicos que se presten en condiciones de obligatoriedad o coactividad, sin distinguir si se gestionan directamente por la Administración o indirectamente por empresas concesionarias o habilitadas para gestionar el servicio por cualquier otro título. Las retribuciones por la utilización del servicio son, por consiguiente, prestaciones patrimoniales de carácter público de las mencionadas en el artículo 31.3 de la Constitución, para cuya exigencia existe reserva

**248.**

*Aplicación de tasas o tarifas según la jurisprudencia.*

**249.**

*La reforma de 2003.*

**250.**

*Servicios en régimen de obligatoriedad.*

**251.**  
*Tarifas con  
 naturaleza de tasas  
 según el TC y el TS.*

de ley. El Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 185/1985, ha tipificado algunos supuestos de prestaciones coactivamente impuestas, entre las cuales están aquellas en las que la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades básicas de la vida de los ciudadanos de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar; lo que supone una extensión natural de la condición de prestación coactiva a todos los servicios públicos de carácter esencial.

La distinción tradicional entre tasa y tarifa, como criterios retributivos de los servicios públicos dependiendo de que sean gestionados por la Administración o indirectamente por empresas privadas, ha sido inutilizada por la Ley General Tributaria, que deja poco margen para interpretaciones conciliadoras. Sobre la indicada situación normativa ha venido a incidir, además, el Tribunal Constitucional, al enjuiciar las tarifas por los servicios portuarios, estableciendo en dos polémicas Sentencias —102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo—, que las tarifas portuarias son tasas. El Tribunal Supremo también ha dado prácticamente por cerrada cualquier cuestión concerniente a la interpretación del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria en sus Sentencias de 7 de marzo de 2007 y 12 de noviembre de 2009, aplicando la misma doctrina a las tarifas por abastecimiento de agua gestionado por concesionarios privados.

**252.**  
*Problemas  
 de racionalidad y  
 eficacia resultantes  
 de la aplicación  
 del cambio.*

El cambio es de extraordinaria trascendencia y, probablemente, no del todo meditado por el legislador. Tanto en el sector de los servicios portuarios como en el de abastecimiento de aguas, como en cualesquiera otros servicios públicos de gestión privada en los que se considere que la retribución del concesionario es una tasa, se generan inmediatamente unos extraordinarios problemas de gestión, ya que el sistema recaudatorio ha de ser necesariamente público y las condiciones procedimentales y las garantías cambian radicalmente. Incluso el ingreso de la tasa no podría hacerse directamente por el concesionario como retribución por su servicio, sino llevarse directamente a las arcas públicas. Es toda una conmoción que no añade eficacia ni resulta tampoco razonable considerando que muchos de los servicios públicos tradicionales más relevantes que han sido liberalizados y privatizados son iguales de necesarios para los ciudadanos que los servicios públicos que se mantienen en titularidad pública y, sin embargo, se retribuyen bien mediante tarifas intervenidas por la Administración o bien mediante precios formados en régimen de competencia en el mercado, pero siempre unos y otros gestionados por el titular del servicio y calculados para asegurarle un beneficio razonable.

b) *La intervención administrativa en la formación de los precios, tarifas y peajes por la utilización de servicios de interés general*

Al margen del régimen de los servicios públicos de titularidad pública, todos los servicios de interés general que actúan en régimen de libre competencia han de ser retribuidos por los usuarios. Los criterios para la formación de los precios y tarifas no tienen por qué ser radicalmente distintos de los utilizados para la formación de las tasas y tarifas públicas, de manera que preferimos tratar de esta cuestión sistemáticamente en este lugar, sin perjuicio de advertir que lo que resulte de la explicación también es aplicable, y preferentemente, a la retribución de los servicios de interés general de titularidad privada que operan en los mercados en competencia.

La liberalización económica ha cambiado de un modo importante la orientación de los estudios sobre las tarifas y los precios que los operadores de los diferentes servicios obtienen de los usuarios para retribuir las prestaciones que les ofrecen. Hasta recientemente, toda esta temática jurídica estaba enrolada en los estudios sobre la potestad tarifaria atribuida a las Administraciones públicas para establecer los precios de los servicios de los que ellas mismas eran titulares, sin perjuicio de que la prestación se hubiese atribuido, en base a diversos títulos, a empresas privadas o particulares.

Este cambio, desde la intervención administrativa habilitada por la titularidad del servicio, a la fijación de precios según resulte de la oferta y la demanda, no ha llegado a consumarse de forma total. Se mantienen diversas formas de intervención pública sobre los precios, que son trasunto de otro tipo de intervenciones regulatorias que sirven para cubrir los defectos o fallos que el mercado plantea o no es capaz de cubrir. En otros casos, las intervenciones tratan de asegurar que un servicio se preste para que alcance a toda la población, como es el caso del servicio universal. En fin, cuando se mantienen monopolios naturales de redes, el acceso de terceros se lleva a cabo asegurando el pago de un precio de acceso que, en último término, puede ser fijado por el regulador. Por tanto, en los sectores liberalizados nos encontramos con precios regulados que fijan los poderes públicos para asegurar la prestación de los servicios que son de titularidad privada.

Todas estas variantes son fácilmente apreciables en la legislación que dispuso la liberalización de los diferentes servicios antes atribuidos a la titularidad exclusiva de las Administraciones públicas. La Ley de 13 de julio de 1998, del Servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, sujetó con carácter general los precios al

**253.**

*Tarifas de servicios en competencia.*

**254.**

*Efectos de la liberalización.*

**255.**

*Significación de las intervenciones públicas sobre tarifas.*

**256.**  
Precios regulados  
en el servicio  
universal.

mercado (artículo 31.1), pero el operador al que se encomiende el servicio universal tiene que atenerse a los precios máximos que fije el regulador. Para los demás, aun dentro de la libertad de mercado, se reserva al regulador la potestad para establecer criterios para asegurar que los precios respondan a los principios de precio asequible, orientación a costes, no discriminación y unidad para todo el territorio nacional (artículo 31.1 de la Ley citada). Es manifiesto que la intervención administrativa se produce en supuestos de falta de competencia, de competencia limitada o cuando resulta necesaria para que los servicios sean asequibles. Los servicios postales universales se financian mediante la creación de un «fondo de compensación del servicio postal universal», que se integra por tasas que abonan los usuarios de los servicios reservados, subvenciones estatales y otras contribuciones de los operadores con autorización administrativa para prestar servicios postales [artículos 27.b), 30 y 33 de la Ley].

**257.**  
Precios y  
telecomuni-  
caciones.

La Ley General de Telecomunicaciones, desde el texto de 24 de abril de 1998 pero también en el vigente de 2003, configura, a efectos de financiación, tres clases de supuestos: los precios por la prestación de servicios de telecomunicaciones; los precios por interconexión de las redes públicas y por el acceso y uso a las mismas, en defecto de acuerdo entre las partes; y las contribuciones para la financiación del servicio universal. En relación con la primera y la segunda clase de precios, el criterio general debe ser la apertura al mercado y, por tanto, su fijación en régimen de competencia. Pero la Ley de 1998 mantenía la fijación transitoria (disposición transitoria 4.<sup>a</sup>) de la fijación de precios, máximos y mínimos, en función de los costes reales de prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Esta previsión se basaba en la falta real de competencia en el mercado, en los momentos iniciales de transformación de las telecomunicaciones, de ser un servicio público de titularidad estatal a convertirse en un servicio esencial prestado en régimen de competencia. Por lo que concierne a la fijación de los precios de interconexión y acceso, también el régimen general, como resulta ahora de lo establecido en los artículos 11 y siguientes de la Ley mencionada de 2003, la preferencia se otorga a los acuerdos libres entre las partes y solo en su defecto se produce la intervención administrativa. Las tarifas de servicio universal justifican siempre una intervención pública en la medida en que también se trata de servicios que se prestan en un régimen no sometido a las reglas del mercado.

El ejemplo del sector eléctrico es especialmente significativo porque, dadas las dificultades para establecer un mercado competitivo,

ha sido preciso mantener las tarifas fijadas por la Administración reguladora para retribuir las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. La legislación ha dado un giro importante, sin embargo, desde la primera versión de la Ley reguladora del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997, a la introducida por la reforma de 2007. El artículo 15 del texto legal vigente establece que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán retribuidas con cargo a los peajes y los precios satisfechos. Los peajes son las cantidades a pagar por el acceso a las redes, y se fijan directamente por la Administración reguladora con carácter único para todo el territorio nacional (artículo 17). Y los precios deben resultar del libre juego de la competencia en el mercado, lo que supone el abandono total del régimen tarifario. Como residuo de este último, quedarán las «tarifas de último recurso» que se definen como los «precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que asuman las obligaciones de suministro de último recurso» (artículo 18). No obstante, la sustitución se concibe de modo paulatino (disposición adicional 24.<sup>a</sup>).

Los precios o tarifas reguladas, aplicadas a servicios liberalizados, son, desde luego, bien diferentes de las tarifas que fija la Administración cuando es titular del servicio, aunque lo preste de modo indirecto a través de una empresa propia o de un concesionario; en estos casos, la tarifa forma parte del contrato de gestión del servicio público. En cambio, al fijar precios para los operadores que actúan en competencia en sectores regulados, lo que se está ejerciendo justamente es la potestad reguladora general, usando la entidad reguladora la habilitación que le otorga en cada caso la ley. Normalmente, esta potestad de regulación estará condicionada a la insuficiencia del mercado para la fijación libre de los precios o a la concurrencia de otras circunstancias de interés general que justifiquen la intervención. Esta es, en el plano de los principios, excepcional y transitoria en relación con la lógica del mercado. Pero, puesto que viene exigida por la salvaguarda del interés general, es preciso asegurar un equilibrio entre las decisiones que la Administración adopta, que debe elaborarse en el marco de procedimientos transparentes y competitivos, y los intereses de las empresas que son privadas y actúan en los mercados procurando el máximo beneficio posible.

Por tanto, es importante saber con qué criterios se fijan los precios de los servicios económicos de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

En la experiencia norteamericana, el cálculo de la tarifa se ha hecho tradicionalmente considerando la necesidad de asegurar que los servi-

**258.**

*Peajes intervenidos y precios en competencia en el sector eléctrico.*

**259.**

*Fundamentos de la regulación de precios y tarifas.*

**260.**

Cálculo de tarifa:  
rate of return.

cios tengan una calidad aceptable y, por otra parte, que las empresas obtengan un beneficio razonable. El cálculo de los precios se ha basado en la *rate of return*. La filosofía a que responde este criterio es que si se fija una tasa adecuada, los operadores encontrarán financiación fácilmente para la implantación y mantenimiento de los servicios, y además asegurarán la calidad de los mismos. Si no se da tal adecuación, las empresas tenderán a establecer servicios de menos calidad para compensarse de alguna forma. El *ratemaking power* que ejercen las agencias se ha controlado por los tribunales durante algún tiempo aplicando el límite de la garantía de la propiedad privada que contienen las Enmiendas V y XIV de la Constitución. De la prohibición de privaciones de la propiedad privada sin indemnización derivó la jurisprudencia la prohibición de tasas confiscatorias. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo Federal *Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, de 1944, disminuyó el uso de esta doctrina hasta su recuperación reciente en algunas sentencias citadas más atrás.

**261.**

Criterios técnicos  
de cálculo.

El *ratemaking power* se ejercita sobre la base de cálculos económicos que parten de considerar el valor de los activos que se emplean por la compañía en la prestación de los servicios y los gastos en que incurren (esta circunstancia plantea el problema de determinar qué conceptos pueden incluirse o no; por ejemplo, los gastos de operación los establece cada compañía atendiendo a sus estrategias y criterios; aunque pueden eliminarse los gastos imprudentes, o la elección de precios más caros que otros alternativos, los reguladores no pueden sustituir a los operadores en la actuación discrecional que les corresponde como gestores de las empresas. Se aplica esta doctrina, por ejemplo, a los sueldos, lo que ha llevado a la inexistencia de regulación sobre este extremo, cuestión muy criticada, como es conocido, a partir de la crisis económica de 2008), para establecer ulteriormente la *rate of return* que debe ser suficiente para equilibrar las expectativas que tienen los inversores en las compañías que prestan los servicios y el establecimiento de precios y tarifas para los usuarios que sean razonables y adecuados a la calidad de los mismos. Naturalmente, también se tienen en cuenta criterios de solidaridad o no discriminación, la calidad de los servicios (la rebaja de las tarifas a los usuarios si la calidad baja, está aceptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia *Market Street RY v. Railroad Commission*, de 1945). También se pueden utilizar tarifas mínimas (*minimum rate regulation*) para evitar precios predatorios o formas de competencia destructiva. Como esta clase de tarifas ofrece a las compañías garantías de un retorno mínimo para sus inversiones, han sido objeto de crítica y, en los años setenta, empezaron a eliminarse en algunos sectores clave.

**262.**

Razonables,  
adecuados a la  
calidad del servicio.  
Solidaridad  
y no discriminación.

La *rate of return regulation*, que trata de que los precios de los servicios se mantengan en un nivel que permita a la empresa obtener un beneficio razonable en relación con el capital que ha invertido, se encuentra con el problema principal de la discrecionalidad de las agencias reguladoras y también con las dificultades derivadas de la obtención de información de las empresas respecto de sus costes reales. Por otra parte, este sistema de fijación de precios obliga a las agencias a llevar a cabo un seguimiento muy próximo de la actividad económica de la empresa, lo que comporta el riesgo de que sean «capturadas» por los operadores del mercado y la regulación se acomode a sus intereses en cuanto a los cálculos de costes. Este tipo de limitaciones parecen poder superarse con el método elaborado por LITTLECHILD consistente en la aplicación de la fórmula RPI-X. Se pretende con esta fórmula limitar el incremento anual de los precios de los servicios básicos en un porcentaje que resulta de minorar el *Retail Price Index (RPI)* o índice de precios al consumo, en un factor «X» que tiene que expresar la eficiencia de la empresa. El factor X lo fija la agencia reguladora. Permite que los operadores que optimizan sus costes puedan obtener mayores beneficios. La fórmula es sencilla pero ha mostrado muchas dificultades en su aplicación práctica, sobre todo, de nuevo, por el problema de la información sobre los costes de las grandes empresas. Además, el factor X, que debe ser estable durante algunos años, ha tenido que ser sucesivamente cambiado, cuando se han producido aplicaciones prácticas, para corregir el incremento desmesurado de beneficios de algunas empresas. Una vez fijado el factor X, naturalmente los beneficios se incrementan cuando se bajan los costes. Pero es necesaria una actividad de supervisión muy intensa de los reguladores para evitar que si las empresas no consiguen sus objetivos de eficiencia, pretendan mantener los beneficios operando sobre otros elementos que también influyen en el coste del servicio, como la calidad del producto.

En la legislación española se recogen algunos principios en materia de fijación de precios, como los de no discriminación, transparencia, motivación, suficiencia, equivalencia y orientación a costes. Algunos de estos principios no presentan especialidades reseñables en relación con las que hemos expuesto al tratar de su aplicación a otras instituciones o técnicas de regulación económica. Los de orientación a costes y equivalencia son específicos de la materia de las tarifas y precios de los servicios.

El principio de orientación a costes, que utiliza en general la legislación sobre los diferentes sectores liberalizados, es derivación del más general de prohibición de precios no equitativos. Tiene esta con-

**263.**

*El criterio del beneficio razonable y la discrecionalidad del regulador.*

**264.**

*RPI-X.*

**265.**

*Principios de la legislación española sobre fijación de precios.*



**266.**  
*Orientación a  
costes.*

dición, según la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 17 de julio de 1997, cualquier «contraprestación que no guarde una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada». La manera más habitual de evaluar si el precio es excesivo es comparando el precio de venta con los costes de producción. Los criterios comparativos han resultado difíciles de aplicar. Pero la legislación comunitaria ha sido la que ha impuesto el principio de orientación a costes; por tanto, la equivalencia de la tarifa con los costes reales de la prestación.

**267.**  
*Equivalencia.*

La equivalencia no debe ser un obstáculo para garantizar la autosuficiencia, que exige que los usuarios paguen el coste total que genera la disponibilidad del servicio. El principio actúa evitando que la competencia pueda ser afectada mediante apoyos financieros o ayudas anticoncurreniales o abusos de posición dominante, que no deben sobreponerse a la autofinanciación, que es lo que trata de asegurar el mencionado principio de equivalencia. La jurisprudencia ha marcado tradicionalmente esta ecuación, según la cual el importe de la tarifa debe quedar vinculado al objeto del servicio, sin que pueda utilizarse como vehículo para obtener ingresos no relacionados con el mismo (SSTS de 15 de diciembre de 1993, 28 de junio de 1995, 4 de marzo de 1998, 6 de marzo de 1999). La STS de 4 de marzo de 1998 aseguró que la «autosuficiencia tarifaria no es una patente de corso que permita cualquier clase de justificación de tipo económico que sea desorbitada desde un punto de vista empresarial o que implique la asunción de riesgos que no deben ser, en pura lógica mercantil, aceptados ni asumidos ni por el público usuario ni por la Administración correspondiente...».

**268.**  
*Autosuficiencia.*

**269.**  
*El coste real del  
servicio.*

La clave es la determinación del coste real del servicio. En las leyes que han regulado los diferentes servicios públicos económicos en competencia se hacen aproximaciones a este concepto partiendo de la idea de coste neto por la prestación del servicio. Por ejemplo, en la Ley General de Telecomunicaciones, al tratar del servicio universal, se prescribe el cálculo del coste neto «en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera obligación de prestar el servicio universal. Este ahorro neto se calculará tomando en cuenta el coste que implica suministrar el servicio a los clientes a los que, bajo consideraciones estrictamente comerciales y a largo plazo, el operador no lo prestaría por no resultar rentable. A esos efectos, se tendrán en cuenta en el cálculo del coste neto, por una parte, el coste incremental en que el operador incurriría al prestar el servicio a los clientes citados, en condiciones no rentables y, por otra, los ingresos derivados de dicha actividad y los beneficios intangibles asociados con la universalidad del servicio» (artículo 39.1 de la Ley de 1998).

Otras intervenciones en los precios se producen en relación con el acceso de terceros a infraestructuras, instalaciones, redes o servicios. La legislación sectorial reguladora suele establecer los principios en que se basa dicha intervención en los precios que, en principio, corresponde exclusivamente a los operadores, en el marco de acuerdos de naturaleza contractual. Por ejemplo, los artículos 11 a 15 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones potestades para imponer a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado, obligaciones en materia de transparencia en relación con la interconexión y el acceso, de no discriminación, de separación de cuentas, de acceso a recursos específicos de las redes y su utilización, y de control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y la contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales. Esta potestad se superpone sobre la libertad contractual de las partes, ya que es el ejercicio de atribuciones regulatorias conferidas directamente por la ley (STS de 8 de julio de 2008, entre otras). La limitación que produce en la libertad de empresa, difícilmente puede calificarse como una expropiación, según ha pretendido G. ARIÑO, sino el ejercicio de una potestad de regulación.

**270.**

*Precios de acceso a infraestructuras, instalaciones, redes o servicios: criterios regulatorios.*

## 7. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE TITULARIDAD PÚBLICA

### A) Evolución

No procede que reiteremos la historia de la aparición de las diversas formas de gestión de los servicios públicos que se sistematizan y consolidan en la legislación del siglo xx, pero que fueron apareciendo en la legislación sectorial de obras y servicios públicos a lo largo del siglo xix. Hemos dedicado bastantes páginas en el volumen I a estudiar la emergencia de los diferentes servicios públicos económicos y sociales, y en ellas están los desarrollos más pormenorizados que ahora pudieran interesar. Lo que podemos añadir es que el régimen jurídico de cada una de las técnicas de gestión, al margen de algunas referencias generales que se van incorporando a la legislación de contratos y a la de obras públicas, está establecido caso por caso, sector por sector, en su legislación especial. Faltaba una gran sistematización de estas técnicas, vacío este que comenzó a rellenarse con el Estatuto Municipal de 1924, pero que no se colmará hasta la legislación de régimen local del franquismo. Es capital a este respecto el Texto

**271.**

*Formación histórica de las formas de gestión.*

articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, que se aprueba por Decreto de 24 de junio de 1955. Leyes complementadas por el importantísimo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Aunque referido, naturalmente, a los servicios locales, el Reglamento formula, por primera vez, la gran ordenación de todas las técnicas de gestión de los servicios públicos y define el régimen jurídico básico de cada una de las técnicas que regula. Siempre ha aceptado la doctrina, y afirmado desde entonces la jurisprudencia, que aquel Reglamento era el gran código de los servicios públicos, cuyas definiciones y reglas trascendían del mundo local y servían de criterios jurídicos y, desde luego, de pauta interpretativa para concretar el régimen de la actividad servicial de todas las Administraciones públicas.

La sistematización general de las formas de gestión de los servicios públicos que, sobre la base de la experiencia acumulada con la aplicación de las reglamentaciones de concretos servicios aparecidas desde finales del siglo XIX, lleva a término el citado Reglamento de 1955, tiene su antecedente más inmediato en la regulación del régimen local de la posguerra. La Ley de 17 de julio de 1945, de Bases de Régimen Local, se refiere en la base 17 a las «formas de prestación de los servicios municipales». Para todos aquellos servicios de competencia municipal «que no impliquen ejercicio de autoridad», acepta la base citada su posible gestión por «convenio con los particulares en forma de concesión, arrendamiento o empresa mixta». Ofrecía también una escueta mención al régimen de cada una de estas clases de convenios.

La base 18 de la misma Ley, siguiéndose la pauta establecida en el Estatuto Municipal de 1924, que ya hemos mencionado, regulaba la municipalización de servicios. Se recogía en ella el procedimiento para la municipalización, la determinación de los servicios que podían ser objeto de la misma y las formas básicas de su gestión.

El Texto articulado y refundido de las Leyes de Régimen Local, aprobado el 24 de junio de 1955, desarrolló algo más las «formas de prestación de los servicios municipales» (artículos 156 a 163), y la «municipalización de servicios» (artículos 164 a 181).

Pero la gran regulación final está, como venimos diciendo, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que se aprueba por Decreto de 17 de junio de 1955, y que sustancialmente ha mantenido su vigencia hasta la actualidad, sin perjuicio de haber quedado profundamente afectado por las decisiones liberalizadoras de la eco-

nomía, contrarias a las políticas de municipalizaciones que el Reglamento admite ampliamente y que también ha enriquecido notablemente las formas de colaboración de los particulares en la gestión de los servicios públicos.

## B) La distinción tradicional entre gestión directa e indirecta y sus manifestaciones

No estudiaremos ahora con detalle todas las técnicas de gestión de los servicios públicos que finalmente regula con carácter general el mencionado Reglamento. Cuando estas técnicas consisten en la adopción de formas organizativas especiales por la Administración titular del servicio (organismos de Derecho Público o entes de forma privada, incluidas empresas mercantiles), han sido analizadas en la parte correspondiente a la organización administrativa y cuando suponen la celebración de convenios o cualquier clase de fórmulas contractuales con sujetos privados, han sido objeto de estudio en el volumen anterior.

Nos limitamos, por tanto, a recordar el sencillo y eficaz esquema del Reglamento de Servicios, en punto a las formas de gestión de los servicios públicos:

Se refiere el Reglamento a los consorcios, que suponen siempre acuerdos de gestión voluntarios, establecidos entre las Corporaciones locales y otras entidades públicas, para instalar o gestionar servicios de interés local.

Los consorcios se constituyen por el procedimiento establecido para las municipalizaciones, que debe concluir en la aprobación de los estatutos del consorcio, donde se especificará su régimen orgánico, funcional y financiero. El consorcio está dotado de personalidad jurídica y puede decidir prestar los servicios de su responsabilidad usando cualquiera de las formas, directas o indirectas, que el propio Reglamento de Servicios contempla.

Todos los servicios generales de cualquier corporación municipal pueden prestarse en régimen de gestión directa, que implica la asunción de la gestión bien por los órganos ordinarios de la Corporación local o por organismos exclusivamente dependientes de ella. Necesariamente tienen que gestionarse de esta forma los servicios que impliquen «ejercicio de autoridad» (artículo 43).

Cuando se trata de servicios económicos de competencia municipal o provincial, pueden ser municipalizados o provincializados. El Reglamento condiciona esta decisión a que la prestación del servicio

### 273.

*Remisión al Derecho de la organización y al régimen de la contratación.*

### 274.

*Consorcios.*

### 275.

*Órgano u organismo propio.*

se haga en condiciones más ventajosas para los usuarios (artículo 45.2). Los servicios objeto de municipalización o provincialización tienen que ser de naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria; de primera necesidad o de mera utilidad pública, y han de prestarse dentro del término municipal o provincial.

**276.**  
*Municipaliza-  
ciones.*

Admitía el Reglamento de Servicios (en este punto fuertemente afectado por la legislación liberalizadora de finales del siglo xx), que la municipalización y provincialización pudiera llevarse a cabo en régimen de concurrencia o de monopolio. En este último caso, la Corporación tendría la facultad de impedir el establecimiento de empresas similares y de expropiar las que ya estuviesen instaladas, con rescate de las concesiones.

El Reglamento regula minuciosamente dicho régimen de expropiación y rescate, así como el procedimiento de la municipalización y provincialización, en el que es decisiva la intervención de una comisión especial, constituida al efecto, responsable de emitir un informe por menorizado, en el que se justifique la concurrencia de las circunstancias que permiten la municipalización y provincialización, y contenga las propuestas relativas al régimen al que va a someterse la gestión de los servicios provincializados o municipalizados.

Como ocurría en el Estatuto Municipal, en la legislación de régimen local de la posguerra se recoge también un listado básico de las materias o sectores que pueden ser objeto de municipalización o provincialización, a las que acompaña una cláusula abierta, que permite la extensión a otros sectores, siempre con la autorización previa del Ministerio de la Gobernación (hoy Interior), cláusulas todas estas que hay que tener ya por derogadas.

La gestión de los servicios por la propia Corporación permite las siguientes opciones:

**277.**  
*Sin órgano  
especial.*

— Gestión sin órgano especial: significa que la Corporación local asume su propio riesgo y ejerce sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, usando sus funcionarios y demás personal (artículo 68).

**278.**  
*Con órgano  
especial.*

— Gestión con órgano especial: en este caso se constituye un consejo de administración y se designa un gerente. El primero asume el gobierno y la gestión superior del servicio, que se financia con un presupuesto especial; y el gerente asume las funciones de gestión ordinaria que especifica el artículo 75.

— La fundación pública del servicio supone la gestión a través de un organismo dotado de personalidad jurídica pública. Esta forma de gestión está reservada para los casos en que una ley lo exigiese de modo especial; también cuando por compra, donación o disposición fundacional, las Corporaciones locales adquirieren de los particulares bienes adscritos a determinado fin; y cuando el adecuado desarrollo de las funciones de beneficencia, de cultura o de naturaleza económica lo aconsejaren (artículo 85).

Estas fundaciones personalizadas son dotadas de un patrimonio especial, afecto a los fines específicos de la institución, y se rigen por un estatuto propio, que determina los órganos de gobierno de la institución, sus competencias, las facultades de tutela que se reserva la Corporación a la que la fundación está adscrita, y los demás extremos de su régimen jurídico propio.

— La sociedad privada implica la gestión directa de los servicios económicos a través de una empresa de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, constituida conforme a las normas que regulan esta clase de sociedades (artículo 89). La Corporación local designa los miembros del consejo de administración, y adopta las decisiones fundamentales en relación con el capital de la empresa. El consejo es, como ocurre con carácter general en las sociedades mercantiles, el máximo órgano ejecutivo de dirección, gestión y ejecución de la empresa.

La gestión de los servicios públicos por empresas mixtas se concibe en los artículos 102 y siguientes del Reglamento de Servicios, como una forma específica de gestión, distinta de la directa, consistente en el establecimiento de sociedades en cuyos capitales participan conjuntamente las Corporaciones locales y los particulares. Se puede constituir en relación con servicios «susceptibles de municipalización o provincialización» (artículo 102).

Una vez decidida la municipalización o provincialización de un servicio, la constitución de empresas mixtas puede llevarse a término, bien mediante la adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, o bien por la fundación de la sociedad por la Corporación y aportación ulterior de capitales privados. Es importante la previsión del Reglamento (artículo 109.1), que procede de las leyes que desarrolla, de que la aportación de la Corporación local pueda consistir en la concesión del servicio, que habrá de valorarse económicamente a tal efecto. También es posible la celebración de un convenio con una empresa única ya existente.

**279.**  
*Fundación pública  
del servicio.*

**280.**  
*Sociedad privada.*

El Reglamento establece un régimen especial para la adopción de determinados acuerdos sociales, especialmente los relativos a la aprobación y modificación de los Estatutos, régimen financiero y aprobación de cuentas.

Los artículos 113 y siguientes del Reglamento se refieren a las formas de gestión indirecta, que son, en dicha norma, la concesión, el arrendamiento y el concierto.

La concesión puede referirse a la construcción de una obra o instalación y la gestión ulterior del servicio a que estuvieren afectas, o bien la mera gestión del servicio público cuando no sea necesario realizar obras o estuviesen ya establecidas. La concesión se otorga conforme a las cláusulas que la Corporación local debe aprobar previamente. En ellas se especificará el servicio objeto de la concesión y sus características, las obras que el concesionario habrá de realizar y queden sujetas a reversión y las que no sean objeto de la misma; las obras e instalaciones a entregar por la Corporación al concesionario; el plazo de la concesión; las relaciones entre la Corporación y el concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión: especialmente, en relación con dicho régimen, las tarifas del servicio, el canon a pagar por el concesionario, los deberes de mantenimiento en buen estado de las instalaciones; las relaciones con los usuarios, y las sanciones en caso de incumplimiento.

El procedimiento de la concesión está regulado con cierto pormenor en los artículos 116 y siguientes del Reglamento, en el que prima el procedimiento de concurso de proyectos cuando puedan existir varios interesados en la adjudicación. La concesión se otorga por el pleno de la Corporación.

El régimen contractual de las concesiones ha pasado a ser regulado casi completamente por la legislación de contratos muy especialmente después de la aprobación de la Directiva 23/2014/UE, de concesiones, que ha determinado una nueva regulación de las concesiones de servicios de la LCSP. Hemos estudiado esta cuestión en el volumen anterior de esta obra al que ahora nos remitimos. Pero siguen siendo básicas las potestades de supervisión que corresponden a la Corporación concedente (artículo 127 del Reglamento), potestades que son irrenunciables bajo pena de nulidad de la cláusula concesional que acepte cualquier renuncia a la fiscalización (artículo 116.2). Entre otras facultades, son básicas las potestades tarifarias y las sancionadoras, así como las consistentes en el rescate y la supresión del servicio.

**281.**  
*Concesión.*

**282.**  
*Prerrogativas  
de la  
Administración.*

El concesionario tiene, según el artículo 128, las obligaciones generales de prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente; admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos reglamentarios; indemnizar a terceros por los daños que ocasione el funcionamiento del servicio, salvo que hayan sido producidos en cumplimiento de cláusulas concesionales ineludibles; no enajenar bienes afectos a la concesión; y ejercer por sí la concesión, sin cederla o traspasarla a terceros sin autorización de la Corporación. Entre los derechos fundamentales del concesionario, el mismo precepto legal cita los siguientes: percibir la retribución correspondiente, obtener la compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión, utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio, recabar los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo, así como la eventual utilización de la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio.

Entre las medidas que la Corporación puede adoptar en caso de infracción grave que ponga en peligro la buena prestación del servicio, incluida la desobediencia a órdenes de modificación, la más característica es el secuestro. Después de advertir al concesionario y otorgarle un plazo adecuado para la corrección de las deficiencias, el secuestro podrá ejecutarse (artículos 133 a 135), manteniéndose por una duración máxima de dos años o de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión. Si, levantado el secuestro, el concesionario vuelve a incurrir en las mismas infracciones o similares, procede declarar la caducidad de la concesión (artículo 136), que también es la medida a aplicar en el caso de infracción gravísima de las obligaciones esenciales impuestas a aquel. La declaración de caducidad supone el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio y la convocatoria de licitación para adjudicar nuevamente la concesión. Los bienes afectos al servicio y demás derechos del concesionario han de ser objeto de valoración, a los efectos de que sirvan de base para la nueva licitación que convoque la Corporación local. El producto económico de la licitación se entregará al concesionario caducado (artículo 137.3).

La regulación del arrendamiento y del concierto es mucho más breve en el Reglamento de Servicios.

El primero es una forma de prestación de servicios que tiene como base el arrendamiento de instalaciones de pertenencia de la Entidad

**283.**

*Derechos y obligaciones del concesionario.*

**284.**

*Secuestro de la concesión.*

**285.**

*Arrendamiento.*



local. El segundo consiste en la prestación de servicios mediante acuerdos con otras entidades públicas o privadas, o con los particulares, que tengan establecidos servicios adecuados, sin que el concierto origine la creación de una nueva persona jurídica entre los concertantes.

El arrendamiento es una forma de gestión cuya utilización preconiza el Reglamento para todos los casos en que deban tenerse en cuenta primordialmente los intereses económicos de la Corporación en orden a la disminución de los costos o al aumento de los ingresos. No puede utilizarse esta fórmula para la prestación de los servicios de beneficencia, asistencia sanitaria, incendios y establecimientos de crédito (artículo 138). La duración del contrato será como máximo de diez años. El arrendatario está obligado a conservar en perfecto estado las obras e instalaciones, destinándolas exclusivamente al uso pactado, así como de mantener una garantía por el importe de, al menos, un trimestre del canon. La demora en el pago por más de treinta días es causa de resolución.

**286.**  
*Concierto.*

Los conciertos tampoco pueden exceder de diez años y quedan automáticamente sin efecto desde el momento en que la Corporación interesada tuviere instalado y en disposición de funcionar un servicio análogo al concertado (artículo 144.1).

### **C) La ampliación de los instrumentos de gestión**

Como hemos estudiado ya en este Tratado, las entidades y organismos instrumentales que utilizan las Administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias se han multiplicado y las formas jurídicas utilizadas se han enriquecido también extraordinariamente. Naturalmente, esta circunstancia tiene su lógico reflejo en la gestión de los servicios públicos, que pueden prestarse utilizando cualquiera de estas formas instrumentales que amplían las consideradas en la legislación tradicional que acabamos de recordar. No procede que exponamos ahora de nuevo las características de estas formas instrumentales, pero puede ser ilustrativa la referencia que hace a los modos de gestión de los servicios públicos la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. Menciona las siguientes modalidades (artículos 33 y siguientes): agencia pública administrativa local, agencia pública empresarial local, agencia local en régimen especial, sociedad mercantil local, sociedad interlocal, fundación pública local y empresa mixta de colaboración público-privada.

## 8. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La Comunidad Europea hubo de enfrentarse al problema de la diversidad de regímenes existentes en los Estados miembros en lo que concierne a la organización de servicios públicos o las fórmulas tradicionales de garantizar prestaciones de carácter económico o social a los ciudadanos. El servicio público, como lo conocemos en España, se ha construido, igual que en Francia y siguiendo su ejemplo, sobre la base de atribuir a las Administraciones públicas la responsabilidad de crear instituciones y empresas que gestionen prestaciones dirigidas a los ciudadanos, para mejorar las condiciones de vida o el bienestar de los mismos. Sin perjuicio de preocuparse también por la consecución de dichos objetivos sociales el Estado alemán, su Derecho no ha asimilado la técnica del servicio público a la francesa, sino que ha construido las obligaciones prestacionales del Estado, desde la dogmática de la *das-seinvorsorge*, la procura del bienestar. La tradición anglosajona no coincide, en cambio, con ninguna de las dos anteriores, ya que la garantía de las prestaciones y de la atención a los intereses generales se ha basado, al menos complementariamente, en la doctrina de las *public utilities*. Para facilitar la convergencia de estas diferentes tradiciones, el Derecho comunitario, sin desconocer la noción de servicio público, su significación y alcance, ha basado su regulación en el concepto de «servicios de interés general». Cuando una actividad, sea pública o privada, puede considerarse un servicio de interés general, se justifica la no aplicación al mismo de las reglas de competencia y se permite la restricción de las libertades económicas comunitarias esenciales.

La construcción de la noción indicada se ha hecho por la jurisprudencia partiendo del concepto de servicios de interés económico general a los que se refiere el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes artículo 86.2 del Tratado CEE).

### A) Principios de ordenación

Como acaba de indicarse, en el Derecho comunitario europeo la norma a tener en cuenta fundamentalmente es el artículo 106 TFUE, versión consolidada de 2008, que hemos citado repetidamente y ahora conviene reproducir íntegramente:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado; especialmente las previstas en los artículos 18, 101 a 109, ambos inclusive.

### 287.

*Servicios públicos, servicios de interés general, servicios de interés económico general.*

### 288.

*Artículo 106 TFUE.*

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.»

Notemos, en primer lugar, que el Tratado emplea un concepto, «servicios de interés económico general», que no es exactamente equivalente a la noción tradicional de servicio público usada en los Derechos de los Estados. Por lo pronto, es más restringida, porque solo comprende servicios económicos. Y, por otro lado, no está conectada con la técnica de las reservas al sector público de la titularidad de algunos servicios porque, en este caso, la total actividad de la empresa que los gestiona suele calificarse de servicio público, mientras que a lo que alude el artículo 106.2 es a actividades concretas de servicio público de las que pueden responsabilizarse empresas que también tienen otras misiones.

La pequeña revolución terminológica que ha impuesto el Tratado ha venido a sumarse a la imprecisión con que el concepto de servicio público se utilizaba en los ordenamientos nacionales y, desde luego, en Francia y España. En los sistemas estatales el servicio público puede ser una actividad de titularidad pública gestionada directamente por organismos o empresas públicas o, indirectamente, por particulares o empresas privadas; se califican de servicios públicos las prestaciones ofrecidas por algunas empresas u organizaciones que, sin embargo, son privadas (en España es prototípico el caso del suministro eléctrico); y se confunde, a veces, el concepto de servicio público con el de algunos servicios al público reglamentados por la Administración pero que son privados y suelen llamarse por eso «virtuales o impropios» (el paradigma es el servicio de taxis). Añádase que en las tradiciones del Derecho alemán e inglés, las técnicas usadas y las concepciones dominantes han sido las doctrinas de la *daseinvorsorge* y de las *public utilities* respectivamente, de raíz distinta a la del servicio público «a la francesa».

Con la manifiesta pretensión de despejar dudas sobre la noción de servicios de interés general, la Comisión Europea ha aprobado diver-

## 289.

*Diversidad de regímenes entre Estados y dentro de los Estados.*

sas comunicaciones, más atrás citadas, entre 1996 y 2001, seguidas de las Comunicaciones de 2006 y 2007. En esta última, publicada el 20 de noviembre de dicho año, se hace un nuevo esfuerzo definitorio más acabado de qué son servicios de interés económico general. Son aquellos que, teniendo un carácter económico, los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Esto significa, como expresa la Comisión, «que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general».

Es clave en la definición el carácter «económico» del servicio. En este extremo insistió la Sentencia *Höfner y Elser*, de 23 de abril de 1991, que se tiene por *leading case* sobre la definición del carácter económico de un servicio (dijo, entre otros extremos, que «la circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. Las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos. Esta afirmación vale en particular para las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresa»).

Considerando los principios consagrados en la normativa y jurisprudencia comunitaria, debe delimitarse el concepto que nos ocupa del siguiente modo:

En primer lugar, «servicios de interés general» son todos los que los poderes públicos consideran que reúnen tal interés e imponen, por ello, obligaciones de servicio público; pueden ser servicios que operen en el mercado o fuera de él. Segundo, «servicios de interés económico general» que es el concepto que utiliza el artículo 106.2 TFUE: son servicios de mercado a los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio público. Tercero, «servicio público», que es el concepto más amplio e impreciso de todos: unas veces tiene sentido orgánico (el organismo que preste el servicio), otras funcional (designa la función de interés general atribuida al organismo), y a veces alude a misiones de relevancia general impuestas por las autoridades públicas a algunas empresas (en este sentido los servicios de interés general o los servicios de interés económico general antes mencionados). En cuarto lugar, el «servicio universal», noción empleada en el marco de los procesos de liberalización, como complemento de los mismos, para garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores. La Comisión los define como «el conjunto mínimo de servicios

**290.**

Diferentes variantes de «servicio público» y «servicio de interés general».

de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible».

Partiendo de estas aclaraciones, la interpretación del artículo 106 y de los demás preceptos del Tratado que afectan a los servicios públicos responden a los principios generales que a continuación se expresan:

### 291.

*Delimitación del concepto y régimen jurídico de los servicios de interés económico general.*

1.º Las reglas de la competencia establecidas en los artículos 101 y siguientes se aplican a las empresas públicas y a los servicios públicos de carácter económico. En el artículo 106.2 se maneja el concepto de servicios económicos de interés general.

2.º El concepto de servicios económicos de interés general no es diferente del de servicios económicos comerciales e industriales desarrollado en algunos Estados miembros de la Comunidad. Estos servicios pueden ser gestionados por empresas o establecimientos públicos y también por empresas privadas a las que se imponen obligaciones de interés público.

Estas alternativas de organización y gestión eran también conocidas en los sistemas jurídicos estatales.

3.º El Derecho comunitario no excluye que las empresas encargadas de servicios de interés económico general actúen en el mercado dotadas de prerrogativas que las sitúe en una posición de desigualdad en relación con las empresas privadas y fuera de las reglas de la competencia. Por el contrario, el artículo 106.2 reconoce expresamente dicha posibilidad. El mismo precepto, en relación con el artículo 107, permite concluir que dichas posiciones privilegiadas pueden consistir en el disfrute de ayudas de las Administraciones públicas o de ventajas financieras singulares, pero, al margen de ello, también se pueden otorgar regímenes jurídicos particulares, excepciones particulares a la competencia en el mercado, incluso de carácter monopolístico.

Todas estas posiciones de ventaja son similares a las prerrogativas exorbitantes del Derecho común, que, según la dogmática de los servicios públicos «a la francesa», son características de la organización y régimen de los servicios públicos de titularidad de la Administración.

4.º Las aludidas excepciones al principio de igualdad y la marginación subsiguiente de la aplicación de las reglas de la competencia, solo se justifica en la medida de lo preciso para el cumplimiento de las misiones de interés general que las empresas públicas tengan confiadas. La calificación de una actividad como de interés general y la medida en que su realización exige la derogación de las reglas de la

### 292.

*Derogación, en lo necesario, de las reglas de competencia.*

libre competencia, son controlables por los órganos responsables de la vigilancia del mercado y por los Tribunales competentes.

5.º El sometimiento de las empresas públicas a las reglas del Derecho de la competencia, se corresponde también con principios de respeto a la libertad de empresa consagrados en las Constituciones estatales. El Derecho comunitario ha situado en una posición prevalente el principio de la libre competencia, enfatizando la jurisprudencia mucho su importancia para el desarrollo del mercado común.

Este último cambio de interpretación de la posición de la libertad de empresa tiene una consecuencia capital para la definición de los servicios públicos: en la tradición de los Estados miembros de la Comunidad, los legisladores y, contando con su habilitación, las Administraciones públicas han podido definir una actividad como servicio público contando con una amplia discrecionalidad. Sin perjuicio de que dicha discrecionalidad se mantenga, como ha declarado el Tribunal de Justicia Comunitario, las declaraciones de servicio público no pueden distorsionar indebidamente el mercado, porque resultarían contrarias a lo establecido en el artículo 106.2.

6.º En relación con los servicios públicos económicos, el Derecho comunitario más que de declaraciones generales de exención, atinentes a toda la actividad de un organismo o empresa para dejarlos en situaciones jurídicas privilegiadas, se preocupa por la asignación de «misiones» de interés general o de servicio público, que delimiten prestaciones, objetivos o actividades específicas que se gestionarán con derogación de las reglas de competencia y desde posiciones jurídicas o financieras privilegiadas.

7.º Dichas misiones de servicio público pueden ser atribuidas tanto a empresas y establecimientos públicos como a empresas privadas. Es pertinente por ello la observación de KOVAR de que la noción comunitaria europea de servicio público no es orgánica, sino material o funcional. La apreciación es exacta, pero debe decirse que han existido siempre, tanto en la tradición francesa como en la española, servicios públicos no calificados como de titularidad de la Administración. De modo que la quiebra del principio orgánico no es absolutamente nueva. Algunos servicios públicos económicos de gran relevancia, como los teléfonos, se organizaron en España a primeros del siglo XIX de un modo más parecido al régimen de las *public utilities* americanas que de los servicios públicos de tradición francesa.

8.º Las dos características más señaladas del régimen de los servicios públicos en el Derecho comunitario son la ruptura de la concep-

**293.**  
*Servicios económicos y libertad de empresa.*

**294.**  
*No exenciones generales sino por «misiones».*

**295.**  
*Noción comunitaria de empresa.*

ción orgánica del servicio público (de modo que sea más habitual su gestión por privados) y el sometimiento de todos los servicios públicos económicos, con carácter general, al Derecho de la competencia.

Estas circunstancias han determinado la necesidad de que los organismos comunitarios, particularmente la Comisión, con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hayan debido crear técnicas nuevas y desarrollar otras conocidas que permiten la intervención de los poderes públicos en las actividades de servicio público, para asegurar el correcto funcionamiento del mercado.

### B) Límites a la aplicación de las reglas de la libre competencia

El artículo 106.2 TFUE, que venimos analizando, solo acepta que las empresas públicas, a las que somete a las reglas sobre competencia establecidas en los artículos 101 y siguientes del Tratado, puedan quedar exceptuadas de su aplicación, cuando así resulte preciso para llevar a debido cumplimiento las misiones de interés general que tengan en cada caso confiadas.

La aplicación de este precepto ha dado lugar a una jurisprudencia bastante extensa cuyos principios expondremos ahora (hacemos notar que las sentencias que recogemos citan habitualmente el artículo 106.2 y los demás artículos del TFUE por su numeración antigua).

En el artículo 106.2 se concentra una tensión entre los intereses de la Comunidad, representados por la aplicación universal de las reglas del mercado común, y los intereses nacionales que tratan de preservar las misiones específicas de servicio público que se encomiendan a algunas empresas en particular. La Sentencia *Madeleine Muller*, de 14 de julio de 1971, una de las primeras en adentrarse en la interpretación del precepto citado, reveló esta tensión con una absoluta claridad: «la aplicación de esta disposición conlleva la apreciación de las exigencias inherentes, de una parte, al cumplimiento de la misión específica encomendada a las empresas de que se trata, y, de otra parte, a la salvaguardia del interés de la Comunidad». Esta apreciación deriva de los objetivos de política económica general perseguida por los Estados bajo la vigilancia de la Comisión.

En el desarrollo de la interpretación del artículo 86.2, la primera cuestión a resolver es el criterio general que debe sostenerse. Si ampliatorio, expansivo o, por el contrario, restrictivo. La solución aceptada por el Tribunal de Justicia se ha reiterado desde la Sentencia de 21 de marzo de 1974 (*BRT-II*; asunto 127-73), en la que el Tribunal

**296.**  
«Misiones de  
interés general».

**297.**  
Interpretación  
restrictiva del  
artículo 106.2  
TFUE.

dijo que el artículo 86.2 (ahora 106.2) debe interpretarse restrictivamente. Por lo pronto, el precepto solo se refiere a empresas que hayan sido encargadas de una misión por un acto de autoridad, de modo que no pueden prevalerse de las derogaciones del Tratado, que el precepto contempla, las empresas que, cumpliendo funciones de interés general, no han recibido el encargo formalmente.

En el caso *SABAM* resuelto por la Sentencia de 30 de enero de 1974, el litigio, del que conoció el Tribunal de Justicia por vía prejudicial, enfrentaba a la *Société Belge des Auteurs, Compositeurs et éditeurs (SABAM)* y dos autores que habían cedido a *SABAM* algunos de sus derechos. El Tribunal de Justicia tuvo que decidir si esta sociedad de gestión de derechos era una empresa encargada de una misión de servicio público. La respuesta de la Sentencia es que corresponde al juez nacional «averiguar si una empresa que invoca las disposiciones del artículo 90.2 para prevalerse de una derogación de las reglas del Tratado, ha sido efectivamente encargada, por el Estado, de la gestión de un servicio de interés económico general».

A partir de esta Sentencia, se viene aplicando de modo reiterado el criterio, que se debe a la aportación del abogado general H. Mayras, de que la misión de servicio público a la que se refiere el artículo 86.2 (actualmente 106.2) ha debido de ser confiada a la empresa por un acto de autoridad pública. Es la única manera, según el criterio de Mayras, para poder interpretar de un modo concreto una noción tan extremadamente amplia como la de interés económico general, que tiene unos contornos mucho más indefinidos y extensos que la de servicio público económico o la de servicio público de carácter industrial o comercial. Aplicando este criterio, concluía el abogado general que, dada la inexistencia de cualquier vínculo entre *SABAM* y el Estado, y teniendo en cuenta que dicha sociedad no ha sido investida de su misión por el poder público, sino que se trata de una corporación cuya creación se debe a la iniciativa privada, y que está sometida además al Derecho común, no puede gozar de ningún privilegio legal y especial.

El criterio que se aplica en *SABAM* es formal, lo que facilita la tarea de la Comisión y del Tribunal para la interpretación del artículo 106.2. Siempre que hay un acto expreso de una autoridad pública confiriendo una misión de interés general, estamos en uno de los supuestos en que pueda aplicarse el indicado precepto. Lo cual no empece para que el Tribunal de Justicia haya seguido haciendo valoraciones generales sobre en qué supuestos un servicio prestado por una empresa puede considerarse de interés económico general. Por ejemplo, en la Sentencia *Merci Convenzionale Porto di Genova SpA*, de 10 de diciem-

**298.**

Verificación de las «misiones» por los tribunales nacionales.

**299.**

Confiada por un acto de autoridad pública.

**300.**

Atribución formal.



**301.**  
El cumplimiento  
de las reglas  
del Tratado debe  
impedir el  
cumplimiento  
de la misión.

bre de 1991, reitera que para que se aplique la excepción de las reglas del Tratado, contempladas en el artículo 86.2 (actual artículo 106.2), no basta con que la empresa en cuestión haya sido encargada por los poderes públicos de la gestión de un servicio económico de interés general, sino que es preciso, además, que la aplicación de las reglas del Tratado impidan el cumplimiento de la misión específica que ha sido confiada a dicha empresa y que el interés de la Comunidad no se vea afectado. El Tribunal constató en el caso que no se deducía del expediente que las operaciones portuarias que se desarrollaban por la empresa afectada revistieran un interés económico general que presente caracteres específicos en relación con otras actividades de la vida económica.

El criterio de la atribución formal vuelve a aparecer, por ejemplo, en la Sentencia *Ahmed Saeed*, de 11 de abril de 1989. Se resolvió por el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con las normas de la competencia comunitarias de determinadas prácticas en materia de fijación de tarifas aplicables al transporte aéreo de pasajeros mediante vuelos regulares. El litigio se había generado por la imputación de competencia desleal a dos agencias de viajes que adquirían billetes más baratos de otras compañías, en monedas del Estado donde expedían los billetes, y que no obstante permitían a sus usuarios embarcar en aeropuertos alemanes. Las agencias alemanas vulneraban, según los demandantes, la ley que prohíbe aplicar en este país tarifas aéreas no autorizadas por el Ministerio competente, y además cometían actos de competencia desleal al vender billetes a precios inferiores a las tarifas autorizadas.

Este caso dio, entre otros desarrollos, lugar a valorar la aplicación del artículo 86.2 (106.2 TFUE). El Tribunal de Justicia establece que el indicado precepto «puede aplicarse, en efecto, a los transportistas a quienes los poderes públicos hayan obligado a explotar líneas que no son rentables desde el punto de vista comercial, pero cuya explotación resulta necesaria por razones de interés general. Correspondería a las autoridades nacionales competentes, administrativas o judiciales, verificar en cada caso concreto si a la compañía aérea de que se trate se le ha encomendado efectivamente la explotación de las referidas líneas mediante un acto propio del poder público». Es, como se aprecia, la misma doctrina de la Sentencia *BRT-II*, ya citada. Lo que añade ahora la Sentencia *Ahmed Saeed* es importante, porque declara que no basta con la pura atribución formal de la misión, sino que también es necesario que dicha misión responda a necesidades reales. En este sentido, sigue diciendo la Sentencia que «para que con arreglo al

**302.**  
Atribución formal y  
necesidades reales:  
verificación.

apartado segundo del artículo 90 pueda restringirse la aplicabilidad de las normas sobre competencia con arreglo a necesidades derivadas del cumplimiento de una misión de interés general, será preciso que tanto las autoridades nacionales competentes para aprobar las tarifas, como los órganos jurisdiccionales que conozcan de los litigios relativos a las mismas, puedan determinar cuál es la naturaleza exacta de las necesidades en cuestión y cuál es su repercusión sobre la estructura de las tarifas aplicadas por las compañías aéreas de que se trata».

Supuestos de valoración material por parte del Tribunal de Justicia de si la misión de interés general confiada a las empresas o establecimientos se vería afectada por el cumplimiento de las normas de competencia establecidas en el Tratado, pueden analizarse, por ejemplo, en la Sentencia *Höfner y Elser*, de 23 de abril de 1991. Lo que el Tribunal tuvo que resolver en el caso *Höfner y Elser* es si la Oficina alemana de empleo tiene la exclusiva de la colocación no solo de trabajadores sino también de ejecutivos y directivos, y si el sometimiento de dicha oficina a las reglas de competencia puede hacer imposible el cumplimiento de tal misión. Dice el Tribunal «por lo que respecta al comportamiento de una oficina pública de empleo, que disfruta de un monopolio en materia de colocación, con relación a las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresa ejercidos por empresas privadas asesoras en materia de selección de personal, procede declarar que la aplicación del artículo 86 (ahora 82) del Tratado no puede impedir el cumplimiento de la misión específica, confiada a dicha oficina, cuando es patente que esta no está en condiciones de satisfacer la demanda del mercado a este respecto y tolera, de hecho, que estas sociedades actúen en menoscabo de su monopolio».

Un bloque importante de decisiones, en las que también está afectado el actual artículo 106.2 TFUE, contemplan el supuesto de expansión de situaciones monopolísticas y de privilegio hacia sectores o actividades empresariales nuevas. Para su exposición general, baste la cita de las Sentencias *RTT*, de 13 de diciembre de 1991, o la Sentencia *España y otros v. Comisión*, de 17 de diciembre de 1992. Esta jurisprudencia mantiene que cuando una entidad disfruta de un monopolio dirigido a poner a disposición de los usuarios una red pública, en este caso una red de teléfonos, constituye un servicio de interés económico general a los efectos del artículo 86.2 del Tratado. Pero las empresas o establecimientos que están en esta posición no pueden aprovecharla para extender su posición a otros sectores del mercado. La Sentencia *RTT* de 1991 expresa esta prohibición del modo siguiente: «el Tribunal ha declarado asimismo que constituye un abuso a efectos del artículo 86

**303.**

*Valoración de la afectación de la misión por el sometimiento a la competencia.*

**304.**

*Expansión de situaciones privilegiadas de que disfrutaban las empresas a otros sectores.*

(hoy 82) el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pueda ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de esta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa».

Los antecedentes de esta doctrina ya estaban en la Sentencia *CBEM*, de 3 de octubre de 1985, pero se han hecho especialmente importantes y han tenido que recordarse reiteradamente, con ocasión de la liberalización de las telecomunicaciones. Esta gran operación ha determinado que empresas que tienen los monopolios de redes traten de reservarse también los negocios complementarios de la importación, comercialización, enlace y puesta en servicio de los aparatos destinados a ser conectados a dicha red. El Tribunal de Justicia ha dicho reiteradamente que «si la extensión de la posición dominante de la empresa pública o de la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos es obra de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del artículo 90 en relación con el artículo 86 del Tratado». Y si no es consecuencia de una decisión del Estado, sino que se debe a una decisión de la empresa, entonces estaríamos ante una infracción del artículo 86.2.

**305.**  
Sentencia Corbeau  
de 1993:  
compensación  
entre los sectores  
rentables y los no  
rentables del  
servicio confiado a  
una misma  
empresa.

Esta rotunda prohibición de la extensión de posiciones monopolísticas ha conocido una manifiesta flexibilización en los años noventa a partir del asunto *Corbeau*, resuelto por la Sentencia de 19 de mayo de 1993.

El problema llegó al Tribunal de Justicia por la vía de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Correccional de Lieja, que quiso conocer el criterio del Tribunal de Justicia antes de resolver sobre la denuncia que había presentado la *Régie des Postes* belga contra el señor Paul Corbeau por haber «recogido, transportado y distribuido correspondencia abierta o cerrada, anuncios, circulares, prospectos, catálogos de precios y comunicaciones de toda clase, con mención de las señas del destinatario, siendo así que la Administración de correos tiene el monopolio postal».

El señor Corbeau venía prestando en el sector de la ciudad de Lieja un servicio consistente en la recogida del correo a domicilio y su distribución antes del mediodía del día siguiente o su envío a través de correos si el destinatario residía fuera de dicho sector geográfico.

Antes de resolver sobre la cuestión penal planteada, el Tribunal de Lieja quería conocer, sobre todo, si debía entenderse que el monopolio postal se sometía o no a las normas sobre la competencia.

La *Régie* había sostenido la necesidad económica de un prestador único, titular de derechos exclusivos, necesidad que respondería al «principio de igualdad o de universalidad de todos los usuarios ante el servicio postal», y a la necesidad de compensación entre los sectores rentables y los menos rentables del servicio. Sería inadmisibles, a su entender, que entidades privadas se hicieran cargo únicamente de los sectores rentables.

La *Régie* defendió una definición amplia de la universalidad del servicio público y de su atribución a un único operador: «según el principio de universalidad, todos los usuarios deben tener acceso al mayor número posible de servicios públicos; la considerable infraestructura necesaria para el servicio postal universal no permite su fragmentación entre varios prestadores, ni en el supuesto, teórico, de que cada prestador, se haga cargo, para un mismo y único territorio, de la totalidad del servicio postal y universal, ni en el supuesto, más realista, de que existan prestadores privados, encargados únicamente de los sectores rentables».

La Sentencia entra de lleno en recordar que, según la doctrina ya establecida por el Tribunal de Justicia, «una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante a efectos del artículo 86 (hoy 85)». El artículo 86.2 permite a los Estados conferir derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas sobre competencia, en la medida que dichas restricciones resulten necesarias para garantizar el cumplimiento de la misión específica de las empresas titulares de los derechos exclusivos. Procedía, en consecuencia, examinar la medida en que es necesaria una restricción o exclusión de la competencia para permitir a la *Régie* el cumplimiento de su misión de interés general.

La manera de abordar el análisis es partir de la premisa de que «la obligación que incumbe al titular de una misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables, y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables». De otro modo, los competidores

podrían concentrarse en actividades económicamente rentables, en este sector, ofreciendo tarifas más ventajosas.

El Tribunal argumenta que la exclusión de la competencia «no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociados del servicio de interés general que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrecen servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el servicio geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo».

Esta doctrina la reiteró luego el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Gemeente Almelo*, de 27 de abril de 1994.

En este caso, también el conflicto llegó al Tribunal de Justicia por vía de una cuestión prejudicial suscitada en el marco de un litigio entre el Ayuntamiento de Almelo y diversos distribuidores locales de energía eléctrica, y, en el otro lado, una empresa de distribución regional de electricidad (*Energiebedrijf Ijsselmij NV*). El Ayuntamiento y los distribuidores locales se habían opuesto a determinadas cláusulas impuestas por la distribuidora regional citada en sus contratos de distribución, aprovechando su condición de distribuidor exclusivo en aquel sector geográfico. En particular, exigía el pago de una especie de canon o sobreprecio para compensar la menor rentabilidad de la distribución en zonas rurales, frente a la mayor rentabilidad de la distribución en zonas urbanas que corresponde a las pequeñas distribuidoras. En Holanda, el mercado de la distribución de la energía eléctrica está repartido territorialmente entre los distribuidores regionales, que entregan energía a los locales quienes, a su vez, distribuyen a los consumidores finales. Los pequeños distribuidores cuestionaron prácticamente el conjunto del sistema; particularmente la cláusula de compra en exclusiva que incide en el mercado intracomunitario en cuanto les prohíbe importar electricidad.

Pero lo que más interesa a efectos de este análisis es que, reiterando la doctrina *Corbeau*, alude al artículo 86.2 (106.2 TFUE), y se remite al órgano jurisdiccional nacional para que examine si la restricción a la libre competencia es necesaria para garantizar la misión de interés general. A los efectos de esta valoración, ofrece la Sentencia un criterio: «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros

### 306.

*Sentencia Almelo de 1994: exclusión de la competencia para compensar la menor rentabilidad de la distribución eléctrica en zonas rurales.*

### 307.

*Valoración de la necesidad de exclusión de la libre competencia por el órgano jurisdiccional nacional.*

operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida».

### C) Limitaciones a la financiación privilegiada

El Tratado CE permite excepcionalmente las ayudas públicas a las empresas. La compatibilidad tiene que acordarse en el marco de lo dispuesto en el artículo 106.2 TFUE. Este precepto, como ya nos consta, acepta que no se apliquen las normas sobre la competencia a las empresas encargadas de misiones o de servicios de interés económico general, siempre que dicha exclusión sea imprescindible para que puedan cumplir debidamente la misión que tienen confiada. Aplicando este principio a las ayudas a empresas públicas, se puede admitir la compatibilidad con el Tratado de las mismas, si se prueba cumplidamente que se usan para apoyar financieramente servicios de interés general, y que ello es imprescindible para el cumplimiento de tales servicios.

Cuando la empresa o establecimiento no tiene otra función comercial o industrial, distinta de la de servicio público, la operación puede resultar relativamente sencilla. La empresa no compite en el mercado, se limita a gestionar un servicio de interés general y, en esa medida, la Comisión puede declarar compatible la ayuda puesto que el objetivo fundamental de la prohibición, que es evitar que las empresas públicas se beneficien de posiciones privilegiadas en el mercado, cuando se enfrentan con empresas privadas, queda salvaguardado.

Cuando las empresas, por el contrario, además de cumplir misiones de servicio público, actúan ordinariamente en el mercado compitiendo con las empresas privadas, la resolución del problema puede ser menos fácil.

Un caso muy debatido en el Derecho comunitario es el de algunas empresas de televisión que, por una parte, se financian con los presupuestos generales de la Administración del Estado o de la Administración pública de la que dependen y, por otra, también obtienen recursos del mercado, fundamentalmente a través de la recaudación publicitaria.

#### **308.**

*Compatibilidad de las ayudas a servicios de interés general.*

#### **309.**

*El debate sobre las ayudas a las empresas públicas en televisión.*

Para justificar aquella financiación pública se suele apelar a las misiones de servicio público que tienen confiadas las televisiones públicas. Pero no siempre tales misiones están bien delimitadas, ni se distinguen de la programación puramente comercial que ellas mismas emiten en competencia con las empresas privadas del sector.

En relación con la televisión pública portuguesa, refiriéndose todavía a las emisiones con tecnología analógica y ante una denuncia de los canales privados de televisión por la financiación de aquella con cargo al presupuesto del Estado no obstante ser su programación tan comercial como la de cualquier televisión privada, la Comisión, en su Decisión de 7 de noviembre de 1996, declaró la adecuación al Tratado de dichas ayudas. La Decisión afirma que los recursos financieros especiales que recibía la televisión portuguesa se destinaban exclusivamente a costear las misiones de servicio público que tiene encargadas. La existencia de una contabilidad analítica en la empresa implicada permitió distinguir perfectamente las partidas procedentes del presupuesto público y su destino. Dijo la Comisión que «las ventajas financieras derivadas de las transferencias referidas no rebasan lo estrictamente necesario para asegurar las obligaciones de servicio público impuestas en el pliego de condiciones (...). Las reglas de contabilidad a las que está sujeta la financiación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el caso presente, los principios y reglas de contabilidad analítica, así como el control de la Inspección General de Finanzas, garantizan la no concesión de un exceso de compensaciones relativas a las obligaciones de servicio público enunciadas y las compensaciones correspondientes definidas en el pliego de condiciones».

Como la presión de los Estados ha continuado para evitar que las prácticas relativas a ayudas se declaren contrarias al Tratado, se ha desplegado un conjunto de medidas tendentes a aclarar y consolidar la situación, exhibiendo para ello una permisividad que no es conocida en ningún otro sector. El Tratado de Ámsterdam aportó las primeras medidas con la incorporación al Tratado CE de un importantísimo artículo 16 que reconoce la competencia general de los Estados sobre los servicios públicos nacionales, y un Protocolo sobre «el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros» que dejaba a la exclusiva responsabilidad de estos, prácticamente sin control posible, definir de la manera que estimasen adecuada las funciones de servicio público que tienen que cumplir los medios audiovisuales.

Una pormenorizada Comunicación de la Comisión, publicada el 15 de noviembre de 2001, ha explicado los términos en que considera

### 310.

*Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 1996.*

### 311.

*Protocolo del Tratado de Ámsterdam sobre radiodifusión pública.*

compatibles con el Tratado las ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión. La clave es la definición exacta de la misión de servicio público. Como se vuelve a declarar que ello corresponde al Estado, depende también en gran medida del Estado que la ayuda puede ser considerada legítima.

El flanco por donde entran las mayores exigencias de control es por la imposición de transparencia. Las empresas que reciben estas ayudas, y además de misiones de servicio público realizan otras actividades comerciales, deben separar las cuentas, de manera que la Comisión pueda apreciar la proporcionalidad de las ayudas. En este requerimiento de que los datos financieros sean más claros y aparezcan debidamente desglosados insistió la Directiva 2000/52/CE de la Comisión que modifica la Directiva sobre transparencia (80/723/CEE). Se impone, al menos: a) que las cuentas internas relativas a las diferentes actividades estén separadas; b) todos los ingresos y gastos se consignen o asignen correctamente sobre las bases de principios de contabilidad analítica aplicados de manera coherente y objetivamente justificables, y c) se establezcan claramente los principios de contabilidad analítica con arreglo a los cuales se mantienen las cuentas separadas.

También ha tenido una importancia crucial la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea de 27 de febrero de 1997, asunto *La Poste (Fédération Française de Sociétés d'Assurances v. Comisión)*.

Varias compañías de seguros presentaron ante la Comisión una queja contra un proyecto de ley francés sobre la reforma de los servicios de correos y telecomunicaciones. El motivo era la intención de Francia de conceder ayudas de Estado a Correos, fundamentalmente en forma de exenciones fiscales. La Comisión no calificó esta ventaja fiscal como una ayuda prohibida por el Tratado, cuando adoptó su Decisión de 7 de octubre de 1995, que es el objeto ulterior del litigio que se resuelve con la Sentencia citada. En opinión de la Comisión, la ventaja ofrecida al servicio de Correos estaba justificada para asegurar el cumplimiento de las misiones de interés general que tenía encomendadas. En concreto, la ventaja sería inferior a los sobrecostes resultantes de las obligaciones de prestar el servicio al conjunto del territorio nacional, asegurando su extensión al medio rural y participando en las cargas de ordenación del territorio. A estos gastos adicionales se les denomina «sobrecostes del servicio público».

El modo de reflexionar de la Comisión se basa en los tres criterios siguientes: primero, Correos es una empresa pública encargada de la

**312.**

*Comunicación de 15 de noviembre de 2001.*

**313.**

*Transparencia y separación de contabilidades.*

**314.**

*Sentencia La Poste de 1997.*

**315.**

*Las ayudas recibidas para compensar los costes del servicio se justifican si son inferiores a los mismos.*



gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86.2 del Tratado (actual artículo 106.2 TFUE); segundo, el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público fijadas por la regulación francesa en materia de política territorial da lugar a sobrecostes; tercero, el otorgamiento de ventajas fiscales destinadas a compensar los sobrecostes estaría justificada en virtud del artículo 86.2, sin que pueda aplicarse la prohibición establecida en el artículo 87.1 Tratado CEE (respectivamente, en la actualidad artículos 106.2 y 107.1 TFUE). La ventaja derivada de la ayuda es admisible siempre que su importe sea inferior al de los sobrecostes. La base de la resolución es, desde luego, el carácter de servicio público del correo. Consiste este servicio en asegurar la recolección, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, en el conjunto del territorio de un Estado miembro, a tarifas uniformes y a condiciones de calidad similares, sin tener en cuenta las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual (en este sentido se había expresado ya la Sentencia *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993). Es la universalidad del servicio y la obligación de mantener una presencia postal y servicios públicos no rentables en medios rurales el aspecto que más llama la atención, en los análisis de los servicios de correos, sobre los sobrecostes que conlleva la organización de este servicio, si se le compara con la gestión económica ordinaria que haría cualquier empresario que persiguiera, como es propio, la obtención del mayor lucro posible.

**316.**  
Necesidad de una  
contabilidad  
analítica.

Un problema importante suscitado en *La Poste* fue la falta de una contabilidad analítica que permitiera distinguir entre los costes afectados a las actividades de servicio público y los aplicados a las actividades realizadas en régimen de competencia. En lugar de hacer una evaluación analítica, los sobrecostes de servicio público fueron evaluados teniendo en cuenta el conjunto de las actividades de *La Poste*.

La ventaja concedida a *La Poste* constituye una ayuda ya que, aunque no suponga una transferencia de ingresos del Estado, sitúa a Correos en una situación financiera más favorable que la de otros contribuyentes.

**317.**  
Afectación de la  
ayuda al servicio.

No obstante lo cual, la Sentencia concluye que «una ayuda de Estado es susceptible, en virtud del artículo 90, párrafo 2, del Tratado, de escapar a la prohibición del artículo 92 de dicho Tratado, a condición de que la ayuda en cuestión no tenga otro objeto que compensar los costes generados por el cumplimiento de la misión específica que incumba a la empresa encargada de la gestión de un servicio económico general y que el otorgamiento de la ayuda resulte necesario para

que dicha empresa pueda asegurar sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico».

Tanto el Tribunal de Justicia (cfr. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades FFSA, de 27 de febrero de 1997 y de 10 de mayo de 2000, y la Sentencia *Fering* del TJ, de 22 de noviembre de 2001), como la Comisión han seguido en la misma línea de considerar que las ayudas económicas que los Estados conceden a sus empresas encargadas de gestionar servicios de interés económico general no constituyen ayudas estatales en el sentido del artículo 107.1 TFUE, cuando se limiten a compensar las cargas suplementarias impuestas por los Estados por razones de servicio público.

No obstante todo lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ayudas a las empresas encargadas de misiones de servicio público ha alcanzado su maduración definitiva con la Sentencia de 24 de julio de 2003, dada en el asunto *Altmark*. Sin perjuicio de reiterar principios y consideraciones sobre los límites a las ayudas de Estado, ya fijados en la jurisprudencia que hemos reseñado, el Tribunal de Justicia aclara de un modo rotundo, y aparentemente definitivo (el Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 12 de mayo de 2004 ha calificado a la citada Sentencia como «un fallo histórico»), las exigencias que deben respetar las ayudas para ser legítimas.

Con carácter general, como el otorgamiento de ayudas afecta siempre a los derechos de los ciudadanos es preciso que su regulación cumpla con las exigencias de seguridad jurídica, presentando una situación jurídica que sea clara y precisa, de modo que los ciudadanos puedan conocer bien sus derechos y los cauces para ejercitarlos [a estas exigencias de seguridad se había referido ya el Tribunal en muchas sentencias anteriores como la de 23 de mayo de 1985 (*Comisión/Alemania*), 9 de abril de 1987 (*Comisión/Italia*), 30 de mayo de 1991 (*Comisión/Alemania*), 19 de septiembre de 1996 (*Comisión/Grecia*), etc.].

Han de respetarse, por tanto, las exigencias de claridad y seguridad. En un marco regulatorio adecuado de tal carácter, la Sentencia referida acepta, siguiendo la jurisprudencia anterior, que determinadas empresas puedan recibir ayudas o subvenciones públicas cuando no sea posible garantizar de otra manera la prestación del servicio, o cuando compensen el esfuerzo financiero especial que ha de realizarse para desarrollar prestaciones de servicio público. Pero recordados estos principios, la Sentencia *Altmark* fija cuatro requisitos añadidos que deben concurrir necesariamente para que la compensación no

**318.**  
Sentencia *Altmark*  
de 2003.

**319.**  
Claridad y  
seguridad al  
otorgar ayudas.

merezca la calificación de ayuda de Estado contraria al Derecho de la competencia:

— En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas.

— En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras (constituye una ayuda de Estado, según aclara el Tribunal, una intervención financiera consistente en la compensación por parte de un Estado miembro de pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable).

— En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados para la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (el cumplimiento de este requisito, según el Tribunal, es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace con falsear la competencia al reforzar su posición competitiva).

— Y, en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Estos parámetros para el control de las ayudas ilegítimas son todos enormemente relevantes, pero especialmente la incorporación del «test de eficiencia», que impone a las empresas que gestionan servicios públicos un «buen gobierno».

### 320.

*Requisitos para que la ayuda no sea contraria al Derecho de la competencia.*

### 321.

*«Test de eficiencia».*

## 9. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL PRESTADOS EN RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA Y LOS SERVICIOS NO ECONÓMICOS

### A) Servicios de interés general prestados en régimen de competencia

En el apartado introductorio de esta exposición sobre la regulación de los servicios de interés general, hemos identificado que entre los servicios de esta clase de carácter económico los hay que pueden quedar sustraídos a las reglas de la libre competencia, como son los servicios de interés económico general que hemos estudiado en las páginas anteriores, y otros que actúan sometidos a la competencia sin perjuicio de tener que observar las normas de organización y funcionamiento de los mismos, establecidas en las regulaciones correspondientes. Imponen estas deberes y obligaciones de muy diversa clase, entre los cuales algunos pueden ser de servicio público. Las obligaciones de servicio universal, por ejemplo, que estudiaremos en un apartado ulterior, se atribuyen ordinariamente a empresas encargadas de servicios de interés económico general que actúan en régimen de competencia. También es normal que en los sectores liberalizados la competencia entre operadores no sea obstáculo para que la regulación les imponga obligaciones de servicio público.

Lo que ocurre en estos supuestos es que el derecho de libertad de empresa se delimita y concreta mediante la regulación, precisando su contenido, limitaciones y condiciones de ejercicio, principalmente en cuanto concierne a los deberes y obligaciones que los operadores que actúan en un determinado mercado han de cumplir necesariamente.

Cuáles son las técnicas con las que se procede a la regulación de los derechos y también de las empresas y mercados, será objeto de análisis ulteriores de este volumen. Cuando las obligaciones que se imponen a las mismas son de servicio público, puede ser necesario tener en cuenta muchos de los aspectos del régimen jurídico de los servicios de titularidad pública y los de interés económico general, que resultan aplicables en algunas hipótesis (por ejemplo, en cuanto a los principios de organización del servicio, derechos de los usuarios, las reglas concernientes a la financiación privilegiada, etc.).

Pero siendo sustancialmente la libertad de empresa la que se pone en juego en la organización de la clase de servicios de interés general a que ahora nos referimos, habrá que estar fundamentalmente a las

**322.**  
*Competencia y  
servicio público.*

cuestiones concernientes a la regulación de tal derecho, que llevamos a término más adelante.

## B) Servicios de interés general no económicos

Agruparemos en la exposición que sigue el primer bloque de servicios vinculados a las prerrogativas del Estado bajo la denominación de «servicios de autoridad», que es el concepto que ha utilizado en ocasiones la jurisprudencia comunitaria, y el segundo bloque bajo la rúbrica «servicios de solidaridad», que es el que además de la jurisprudencia utilizan tanto el Libro Blanco de la Comisión de 12 de mayo de 2004, como sus Comunicaciones de 26 de abril de 2006 y 20 de noviembre de 2007.

### a) *Los servicios de autoridad*

El artículo 106.2 TFUE se refiere a servicios económicos. Por tanto, ninguna de sus prohibiciones afectan a servicios que tengan otra naturaleza, como insiste siempre en recordar la Comisión en sus Comunicaciones sobre la materia. La interpretación del precepto en tal sentido la había anticipado el Tribunal de Justicia.

El *leading case* es, seguramente, la Sentencia *Reyners*, de 21 de junio de 1974. Se produjo con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el *Conseil d'État* belga en relación con la libertad de establecimiento de los profesionales de la abogacía. El Consejo de Estado preguntaba si el artículo 43 (se mantiene la numeración original del TCEE, pero adviértase su alteración en el TFUE) del Tratado CEE es directamente aplicable, una vez finalizado el período transitorio, sin que se hayan adoptado las medidas previstas en los artículos 44.2 y 47.1 del mismo Tratado. El Tribunal de Justicia contestó positivamente a dicha cuestión.

El *Conseil d'État* también preguntaba al Tribunal de Justicia por la significación de la expresión de actividades que supongan «ejercicio del poder público» que utiliza el artículo 45 del Tratado («las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público»).

La cuestión suscitada pretendía resolver si, en virtud del mencionado precepto, era preceptivo aplicar las reglas sobre libre estableci-

### 323.

Sentencia *Reyners*  
de 1974: servicio  
de Justicia.

miento a la profesión de abogado en su conjunto, por comprender actividades que participan en el ejercicio del poder público, ya que para la intervención ante los jueces y tribunales se requiere la intervención de abogado, lo que permite concluir que esta es una profesión vinculada al servicio de Administración de Justicia. Esto es lo que sostuvo exactamente el Gobierno luxemburgués así como los abogados belgas. En su criterio, el abogado es un auxiliar indispensable de la Justicia, que se integra en dicho servicio de un modo indisoluble.

El Tribunal de Justicia estimó, sin embargo, que las derogaciones de la libertad de establecimiento deben ser interpretadas restrictivamente, sin que se les pueda atribuir un alcance que sobrepase la finalidad que justifica la excepción. Los supuestos en que puede exceptuarse el principio de libertad de establecimiento los concreta, para el caso que nos ocupa, el Tribunal, por referencia a «las actividades que, consideradas en sí mismas, constituyen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público».

Al Tribunal le parece que esto no ocurre con una profesión independiente como la de abogado, aun cuando acepta que sus actividades participen en alguna ocasión del ejercicio del poder público. Estos supuestos de participación eventual en el «ejercicio del poder público constituyen un elemento separable (*détachable*) del conjunto de la actividad profesional encausada». Concluye también el Tribunal que no puede considerarse que las actividades más típicas de la profesión de abogado (consulta, asistencia jurídica, representación y defensa de las partes en juicio) constituyan participación en el ejercicio del poder público, incluso en los casos en que la intervención del abogado es obligatoria o constituye el objeto de una exclusividad establecida por la ley. Sobre todo porque en nada afecta a la autoridad judicial y al libre ejercicio del poder jurisdiccional.

En sus conclusiones, el abogado general Mayras había declarado que es poder público el que deriva de la soberanía, del *imperium* del Estado. Lleva consigo, para quien lo ejerce, la facultad de usar prerrogativas exorbitantes del Derecho común, de privilegios de autoridad pública, de poder de coerción que se imponen a los ciudadanos.

La doctrina de la Sentencia *Reyners* ha influido en otros muchos ámbitos del Derecho comunitario. Aunque en el caso concreto no estimó que se tratara de servicios que implican ejercicio del poder público, ha servido de base para poder establecer que realmente las reglas del Tratado no se aplican a este tipo de servicios.

**324.**

*Participación en el ejercicio del poder público.*

**325.**

*Los abogados no participan en el poder judicial.*

**326.**

*Sentencia Bodson de 1988.*

También es importante lo declarado por el Tribunal de Justicia en la *Sentencia Corine Bodson v. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées* (Asunto 30/87), 4 de mayo de 1988.

La ciudad de *Charleville-Mèzières* tenía adjudicada, con carácter exclusivo, la concesión de servicios de pompas fúnebres a la *SA Pompes Funèbres des Régions Libérées*, que demandó a la señora Bodson por realizar actividades afectadas por dicho monopolio.

Corine Bodson alegó ante la *Cour de Cassation* que el monopolio concedido vulneraba las normas de competencia. La sociedad *Pompes Funèbres Générales* y sus filiales (entre las cuales *Pompes Funèbres des Régions Libérées*) era concesionaria de 2.800 municipios (sobre los 5.000 que tienen adjudicada concesión de los servicios funerarios a empresas privadas). Por esta razón, se estaría produciendo, en su criterio, un abuso de posición dominante por la aplicación de precios abusivos, y una vulneración del artículo 31 del Tratado CE que prohíbe los monopolios de carácter comercial.

**327.**

*Los contratos de concesión no son acuerdos entre empresas, sino que implican competencias vinculadas al ejercicio de prerrogativas públicas.*

Siguiendo la interpretación ofrecida al Tribunal por el abogado general Cruz Vilaça, admite que los contratos de concesión que celebran los Ayuntamientos en su calidad de Administraciones públicas y las empresas que gestionan un servicio público, no son «acuerdos entre empresas» en el sentido que se refiere a ellos, para restringirlos o prohibirlos, el artículo 81 del Tratado. Los contratos de concesión, como dijo el abogado general citado, se celebran «con una Administración pública que actúa como tal, mientras que el artículo 81 se aplica únicamente a los acuerdos entre empresas». Por tanto, la Sentencia excluye de las reglas de competencia los aspectos públicos de la concesión administrativa, que también se entienden vinculados al ejercicio de prerrogativas de poder público.

Prerrogativas semejantes son las que aprecia también el Tribunal que son usadas por un organismo público, que actúa simultáneamente también en el mercado, como es la RTT. En la Sentencia de 27 de octubre de 1993 (*Lagauche y otros*, asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91), el Tribunal resolvió una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal belga en relación con la Directiva 88/301 relativa a la competencia en los mercados de telecomunicaciones.

**328.**

*Las autorizaciones y la policía del dominio público no están afectadas por el derecho de la competencia.*

Jean Marie Lagauche y otras siete personas habían sido acusadas de vulnerar el derecho belga por poseer teléfonos sin hilos sin autorización ministerial previa, y también por haber puesto a la venta o alquiler teléfonos sin hilos sin que un ejemplar de estos hubiera sido previamente homologado por la RTT.

Como se trataba del ejercicio de una prerrogativa atribuida a un monopolio de carácter comercial, el Tribunal de Justicia vuelve a la interpretación del artículo 31 para considerar que la aplicación de la prohibición de monopolios comerciales al caso no debe olvidar que «las prerrogativas que posee un organismo público, como la RTT, consisten en dar curso a las solicitudes presentadas al ministro para la obtención de una autorización de poseer un aparato emisor o receptor de radiocomunicación, atribuir y coordinar las frecuencias hertzianas, así como expedir las homologaciones, después de verificar la conformidad de los aparatos comercializados con las especificaciones técnicas fijadas por el ministro. Su finalidad es evitar la perturbación de las radiocomunicaciones». Inmediatamente el Tribunal aclara que «el ejercicio de dichas prerrogativas responde a preocupaciones de índole regaliana, a saber, la policía del dominio público hertziano, y no constituye una prestación de servicios. En cualquier caso, dicha actividad es ajena al ámbito de aplicación del artículo 37» (hoy 31).

Respecto de la posible aplicación al caso de lo establecido en el artículo 86.1 del Tratado (actualmente 106.1 TFUE), el Tribunal de Justicia estima que este precepto solo es aplicable a las «medidas adoptadas por los Estados miembros respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales y/o exclusivos. Por consiguiente, esta disposición del Tratado no puede ser invocada contra una facultad de autorización conferida a un ministro en el marco normal de sus atribuciones». El mismo criterio aplica respecto de las facultades de RTT de dar curso a las solicitudes de autorización presentadas a efectos de su resolución por el ministro.

El artículo 86.1 del Tratado (106.1 TFUE), en relación con el artículo 82 (101 TFUE), no se opone, en conclusión, al establecimiento de prohibiciones o sometimiento de las actividades privadas a autorizaciones.

La necesidad de separar estas actividades que suponen el ejercicio de atribuciones de autoridad, respecto de otras de carácter puramente comercial o industrial, que deben ser sometidas plenamente a las reglas de competencia, aparece también como un problema importante en la Sentencia *Eurocontrol*, de 19 de enero de 1994.

Eurocontrol es una organización internacional con sede en Bruselas, constituida en 1960 mediante un convenio entre RFA, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido, Chipre, Hungría, Malta, Suiza y Turquía.

**329.**

*El artículo 86.1 no se opone al establecimiento de prohibiciones o sometimiento a autorizaciones.*



Se le atribuye a Eurocontrol la responsabilidad de establecer y percibir las tarifas que deben abonar los usuarios del espacio aéreo.

**330.**  
*Diferenciación  
entre funciones de  
autoridad y  
comerciales.*

El litigio a que nos referimos ahora surge de una reclamación de cantidad de Eurocontrol a SAT. Esta última invocaba los artículos 82 y 86 del Tratado para no pagar. La cuestión se debatía ante la Corte de Casación belga, y este Tribunal decidió plantear una cuestión prejudicial sobre si Eurocontrol es una empresa en el sentido de los artículos 82 y 86 del Tratado.

SAT sostenía que Eurocontrol es una empresa en el sentido de los artículos citados. No ejerce ningún *ius imperii*, sino que desarrolla actividades de clara naturaleza económica, que podían haberse encomendado a cualquier empresa privada.

Diversos Gobiernos, intervinientes en el asunto, defendieron la naturaleza pública de las actividades de Eurocontrol que, por tanto, estimaban que debería ser considerada como una autoridad pública que actúa en ejercicio del poder público. Por razón de que la actividad de control aéreo es una actividad de policía destinada a garantizar la seguridad pública. Por otra parte, la percepción de las tarifas de ruta es una actividad ejercida por cuenta de los Estados contratantes. La Comisión también apoyó la idea de que Eurocontrol no es una empresa.

El Tribunal de Justicia partió de la doctrina general de que «en el Derecho comunitario de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

**331.**  
*Delimitación  
de las prerrogativas  
de poder público.*

Para determinar si las actividades de Eurocontrol son las propias de una empresa, el Tribunal hace un detenido examen de las normas que regulan dicho organismo y sus funciones básicas, para llegar a la conclusión siguiente: «contrariamente a lo que sostiene SAT, la actividad de Eurocontrol relativa a la percepción de las tarifas de ruta, que originó el litigio principal, no puede desligarse de las otras actividades de la organización», y «Eurocontrol debe ser contemplada, en su actividad de percepción de las tarifas como una autoridad pública que actúa en el ejercicio del poder público».

La decisión final del Tribunal es del siguiente tenor: «tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter

económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado».

La doctrina establecida por el Tribunal de que cuando las actividades esenciales son de autoridad pública, y no de naturaleza económica, el tratamiento global que hay que dar al organismo correspondiente es el de poder público dotado de prerrogativas y exento de las reglas de competencia, plantea obvias dificultades prácticas. Sobre todo para discernir cuándo las prerrogativas de poder público dominan. R. KOVAR ha manejado algunos ejemplos para cuestionar por la razón indicada el criterio manejado por el Tribunal.

En todo caso, queda bien claro que no solo están excluidos de la aplicación de las reglas de competencia los servicios que implican el ejercicio de prerrogativas públicas, sino también otros servicios de naturaleza típicamente económica, en la medida en que conlleven el ejercicio de funciones de autoridad, inescindibles de la actividad económica desarrollada por el establecimiento o empresa de que se trate.

#### b) *Los servicios de solidaridad*

La inaplicación de las normas de competencia a los servicios de solidaridad fue destacándose paulatinamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ahora analizaremos. Pero la consideración de estos servicios como distintos de los servicios de interés económico general a que alude el artículo 86.2 del Tratado (artículo 106.2 TFUE) fue paulatinamente siendo asumida en diferentes documentos comunitarios que utilizan para estos servicios la calificación, para diferenciarlos de los servicios económicos, de «servicios de interés general».

La Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000 sostuvo lo siguiente: «los servicios de interés general ligados a la función de protección y bienestar social —dice— son una cuestión de responsabilidad nacional o regional. Sin embargo, se reconoce el cometido de la Comunidad de promover la cooperación y la coordinación en estas áreas. La Comisión hace especial hincapié en el fomento de la cooperación entre Estados miembros en asuntos relacionados con la reforma de la protección social» (párrafo 68). La Comunicación de 2007 también alude a servicios de interés general cuya prestación pueden los poderes públicos encargarse de ofrecer «o encomendarlos a otras entidades que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos» (párrafo 4), de lo que se sigue que no son parangonables con los servicios económicos.

La Comunicación de 2006 propuso una clasificación de los servicios de interés general de carácter social consistente en distinguir, por una parte, los «sistemas legales y sistemas complementarios de protección social» que cubren los riesgos fundamentales de la vida como la salud, accidentes laborales, desempleo, vejez, jubilación o discapacidad, y los restantes servicios esenciales prestados directamente a las personas con objetivos de prevención y cohesión social y con el propósito, también, de facilitar la realización de los derechos fundamentales: así, la educación, rupturas familiares, malos tratos, vivienda, dependencia.

El Tratado de Lisboa, que acordó una nueva modificación del artículo 16 del Tratado CE, incorporado ahora como artículo 14 del TFUE, incluyó en el artículo 26, relativo a los servicios de interés general, los principios tradicionales aplicables a los servicios de interés económico. Pero también se refiere a los servicios de carácter no económico, con lo que se consagra, por primera vez, la distinción al nivel del Derecho originario. Dice, respecto de estos últimos, que: «Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico».

Esta regulación lleva al Tratado una distinción trabajosamente construida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en términos que son decisivamente útiles para comprender cuál es el régimen jurídico de los indicados servicios de interés general y la exclusión total del régimen del artículo 106.2 TFUE (mantenemos en las citas de la jurisprudencia las referencias al artículo 86.2 que corresponden a la antigua numeración) concerniente solamente a los servicios de carácter económico.

El primer ejemplo de la misma es la Sentencia *K. Höfner y Elser v. Macrotron GmbH*, de 23 de abril de 1991, en la que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el monopolio de los servicios de colocación y empleo, encomendados en la legislación alemana al *Bundesanstalt für Arbeit (BA)*.

Los señores Höfner y Elser desarrollaban servicios de selección y colocación de ejecutivos y directivos de empresas, con el conocimiento y la tolerancia del instituto de empleo (BA). El conflicto surgió cuando Macrotron celebró con Höfner y Elser un contrato de selección para que dichas empresas le presentaran un candidato para la función de director del servicio de ventas. Cuando lo hicieron, Macrotron ni aceptó la propuesta ni pagó los honorarios estipulados en el contrato. Cuando Höfner y Elser demandaron a Macrotron, el Tribunal alemán

consideró que el contrato era nulo por vulnerar la legislación alemana. Pero como también se planteó si esta legislación que amparaba un monopolio de selección se ajustaba al Tratado CEE, planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

Los demandantes sostuvieron que una oficina de empleo es una empresa pública que está sometida a las normas sobre competencia. Macrotron y el Gobierno alemán alegaron que las actividades de la oficina de empleo no pertenecen al ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia, puesto que las ejercía un organismo público.

La Resolución del Tribunal dice que en el contexto del Derecho de la competencia es empresa pública «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». La actividad dirigida a la colocación es una actividad inequívocamente económica. Y añade el Tribunal que, además, las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos. Concluye, por tanto, que «una entidad, como una oficina pública de empleo que ejerce actividades de colocación, puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre competencia» (apartado 23). Así es, aun en el caso de que las funciones que preste sean de interés general.

Siendo, por tanto, la oficina de colocación empresa pública en el sentido que da a este concepto la jurisprudencia del Tribunal, lo que la Sentencia examina seguidamente es si la exclusión de las reglas de la competencia pueden justificarse porque sea imprescindible para el cumplimiento de su misión específica. La respuesta de la Sentencia es contundentemente negativa.

*Höfner* es, por lo dicho, una Sentencia referida a prestaciones públicas de carácter social, que valora la posibilidad de exclusión de dichas actividades de las reglas del Tratado, para concluir en sentido contrario. Pero deja abierta la pista de que existen actividades de este carácter a las que no es aplicable el derecho de la competencia. Así se estableció por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, un par de años después, en la Sentencia *Poucet* (*Christian Poucet v. Assurances Générales de France y Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon* y asunto *Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91).

**333.**  
Sentencia Poucet  
y Pistre.

El Tribunal conoció de una cuestión prejudicial planteada en un litigio en que los señores Poucet y Pistre se oponían a los requerimientos de pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, formuladas por determinadas entidades gestoras francesas. La oposición se fundaba en que, aunque fuera de aplicación la afiliación obligatoria a un sistema de Seguridad Social, estimaban que debería ser libre la afiliación a cualquier entidad de seguros privada establecidos en el territorio de la Comunidad. Otra cosa sería aceptar someterse a condiciones fijadas unilateralmente por determinados organismos que gozarían de una posición dominante, contraria a las reglas del Tratado CE.

**334.**  
Servicios de  
Seguridad Social.

Lo que se cuestionó, por tanto, es si un organismo encargado de la gestión de la Seguridad Social debe ser considerado como una empresa en el sentido de los artículos 81 y 82 del Tratado (101 y 102 TFUE).

El Tribunal de Justicia recuerda la doctrina que se estableció en la Sentencia de 7 de febrero de 1984 (*Duphar*) en el sentido de que «el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social».

En relación con la consulta formulada por el Tribunal francés, advierte que el problema se plantea en relación con un régimen obligatorio de seguridad social, que persigue un objetivo social y obedece al principio de solidaridad.

**335.**  
Exclusión de los  
sistemas de  
Seguridad Social.  
Legitimidad de la  
afiliación  
obligatoria.

El Tribunal concluye que «los regímenes de Seguridad Social concebidos de esta manera se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes». Para valorar su naturaleza, excluye que se trate de empresas sometidas a los principios de la competencia: «las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa... dicha actividad no es una actividad económica... las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado» (apartados 18 y 19).

**336.**  
Cotizaciones.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1996 (*José García y otros v. Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine*, asunto C-238/94) el Tribunal aborda una cuestión semejante de oposición al pago de cotizaciones debidas a las cajas de seguridad social francesas. Y en la Sentencia de 16 de noviembre de 1995 (*Société Française des Sociétés d'Assurances*) establece algunas matizaciones a

la jurisprudencia *Poucet*, aceptando que el carácter voluntario del régimen de Seguridad Social, que se enjuiciaba en este caso concreto, limita el alcance del principio de solidaridad. En tal caso, domina el carácter económico de la actividad, y como tal debe ser tratada a efectos de la aplicación de las reglas de la competencia, aun cuando no persiga la obtención de beneficios con su actividad.

En todo caso, para que los servicios de solidaridad queden al margen de las normas sobre competencia es preciso que ello sea imprescindible para garantizar el cumplimiento de la misión específica que les haya sido confiada, como, con carácter general, exige el artículo 86.2 (106.2 TFUE).

En ese sentido, por ejemplo, puede citarse el conjunto de sentencias de 21 de septiembre de 1999, motivadas por las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales holandeses, en relación con la compatibilidad con el Tratado de la obligatoriedad de la afiliación a un determinado fondo de pensiones complementarias. Por ejemplo, entre ellas, la recaída en el asunto *C-67/96, Albany International BV*, en relación con el Fondo sectorial de pensiones de la industria textil, declara la compatibilidad con el artículo 86 del Tratado, del sistema analizado, porque reconoce la importancia de la función social atribuida a las pensiones complementarias: el régimen de pensiones complementarias controvertido en el procedimiento principal cumple una función social esencial en el sistema de pensiones en los Países Bajos «en razón del reducido importe de la pensión legal, calculado sobre la base del salario mínimo legal» (apartado 105).

También las Sentencias de la misma fecha recaídas en los asuntos *C-115/97 a C-117/97 y C-219/97 (Brenttjens'Handelsonderneming BV y Maatschappij Drijvende Bokken Bv, respectivamente)*, concluyen que «los artículos 86 y 90 del Tratado (actualmente artículos 82 TCE y 86 TCE) no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones el derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensiones complementarias en un sector determinado». Y lo mismo reitera la Sentencia *Pavel Pavlov*, de 12 de septiembre de 2000, en los asuntos acumulados *C-180/98 a C-184/98*, en relación con la concesión de un derecho exclusivo de gestión del régimen de pensiones complementarias de los miembros de una profesión liberal.

La exclusión de medidas concernientes al establecimiento de contribuciones al pago de medicamentos por una caja de seguro obligatorio, o la afiliación obligatoria misma a entidades de seguro, está reiterada-

**337.**  
Afiliación  
obligatoria a un  
fondo de  
pensiones.

**338.**  
Contribuciones  
al pago de  
medicamentos.

mente declarada por el TJ (*SSTJ AOK-Bundesverband*, de 16 de marzo de 2004, y *Cisal di Battistello*, de 22 de enero de 2002, respectivamente).

Tampoco pueden, por otra parte, considerarse ayudas de Estado prohibidas las que reciben los servicios de solidaridad de los presupuestos públicos, de cualquier manera, para el desempeño de sus misiones. La idea se desprende claramente de la Sentencia de 17 de junio de 1997, asunto *Sodemare* (C-70/95), que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, en el marco de un recurso interpuesto por una sociedad luxemburguesa y dos sociedades italianas contra un precepto de la *Legge regionale lombardia* n. 39, de 11 de abril de 1980, sobre organización y funcionamiento de las unidades sociosanitarias locales. Según esta regulación, la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario (fundamentalmente residencias de ancianos) puede realizarse en régimen de concierto con aquellos operadores privados que hayan obtenido una habilitación expresa, de la Región, para suscribir este tipo de conciertos. Los prestadores de los servicios así concertados obtienen una ventaja económica cierta, consistente en el derecho al reembolso, por parte de las autoridades públicas, de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario. Ahora bien, para obtener esa habilitación previa como contratista, es indispensable la inexistencia de ánimo de lucro, por disposición expresa del artículo 18.3 de la mencionada Ley regional de 1980.

Ante la protesta de sociedades con pretensiones de acceder al estatus de contratista para la prestación del servicio de residencia de ancianos, pero con ánimo de lucro, el Tribunal de Justicia acepta la compatibilidad de la regulación lombarda con el Derecho comunitario. La cuestión controvertida se inscribe en el marco del sistema de asistencia social, que «está basado en el principio de solidaridad, que se traduce en el hecho de que está destinado prioritariamente a la asistencia de quienes se encuentran en un estado de necesidad, debido a la insuficiencia de los ingresos familiares, a la falta total o parcial de autonomía o al riesgo de marginación y, después, dentro de los límites marcados por la capacidad de las estructuras y los recursos disponibles, a la asistencia de otras personas, las cuales han de soportar, no obstante, los costes de dicha asistencia en función de su situación económica, con arreglo a tarifas determinadas habida cuenta de los ingresos familiares».

El mismo régimen de los servicios asistenciales se ha hecho extensivo, en la práctica de la Comisión, a otros servicios de carácter sanitario o educativo. Con carácter general, la Comisión insistió en su Libro Verde de 2003, ya citado, sobre que las normas de competencia y ayudas solo se aplican a las actividades económicas, no a las de solidaridad.

### 339.

*Legitimidad de las ayudas públicas a servicios de solidaridad.*

### 340.

*El principio de solidaridad como fundamento.*

## 10. EL SERVICIO UNIVERSAL

Un objetivo central de la regulación es, como venimos señalando, la asignación equitativa de los recursos. El abandono, masivo aunque no total, por parte de la Administración, de la titularidad de muchos servicios públicos económicos y de la responsabilidad de su gestión, sea directa o indirecta, ha provocado que las mismas actividades sean desarrolladas en los mercados por empresas privadas que actúan en régimen de competencia libre. La actuación de las empresas en los mercados tiene como objetivo primario la obtención de su propio beneficio. Sin embargo, el regulador debe procurar que este legítimo objetivo se compatibilice con la satisfacción de necesidades de interés general o de utilidad pública. Para lograrlo, como hemos examinado más atrás en este estudio, la fórmula habitual consiste en reservarse directamente la prestación de algunos servicios o, en su caso, imponer a los operadores privados el cumplimiento de misiones de interés general.

Esa clase de obligaciones se configura en la legislación vigente sobre los diferentes sectores económicos de modo muy diverso. Por ejemplo, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, declara la administración de las infraestructuras ferroviarias y el transporte ferroviario como «un servicio de interés general y esencial para la Comunidad», que se prestará en régimen «de libre competencia». La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (reformada en este punto por la Ley 62/2003), parte de la apertura a la competencia de las actividades de transporte marítimo pero prevé, en su artículo 7.2, la «imposición de obligaciones de servicio público con el fin de garantizar la suficiencia de servicios de transporte regular con destino a y/o procedencia de las islas Baleares, islas Canarias, Ceuta y Melilla o bajo el régimen de contrato administrativo especial en atención a la satisfacción de forma directa o inmediata de la finalidad pública que aquellas representan». La Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, considera que estos son «servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia» pero solo están sometidos a obligaciones de servicio público los que se especifican en el Título III de la Ley. La Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la 54/1997, del sector eléctrico, parte del reconocimiento de la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, pero precisa que «estas actividades se ejercerán garantizando el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la conside-

### 341.

*Titularidad pública de los servicios v. imposición a los operadores privados de misiones de interés general.*

### 342.

*Imposición de obligaciones de servicio público en el sector ferroviario.*

### 343.

*Servicios postales liberalizados y obligaciones de servicio público.*

### 344.

*Sector eléctrico y de hidrocarburos.*



ración de servicio esencial» (artículo 2.2). La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, también reconoce la iniciativa empresarial para el ejercicio de determinadas actividades, pero indica que se ejercerán garantizando el suministro de productos petrolíferos y de gas por canalización a los consumidores y además que «tendrán la consideración de actividades de interés económico general». En algunos casos el aseguramiento de las prestaciones propias del servicio público se realiza mediante la técnica de establecer reservas a favor del sector público. Así ha ocurrido en la legislación en materia de servicios postales o en materia de transporte ferroviario. El sometimiento a la competencia está condicionado a que se mantenga la garantía del suministro, como ocurre en los sectores energéticos del gas y de la electricidad.

En los sectores donde se ha producido una plena liberalización, como el de telecomunicaciones, es en los que más claramente ha sido preciso organizar técnicamente las funciones de servicio público que corresponde prestar a las empresas privadas. Este objetivo ha tratado de cumplirse con la noción de servicio universal.

A medida que ha avanzado la liberalización de estos sectores, con una progresiva apertura a la competencia, la preocupación por el servicio universal se ha incrementado. Se trata de evitar que la gestión privada de un servicio, antes atribuido en exclusiva a establecimientos de carácter público, determine que los ciudadanos dejen de tener a su disposición prestaciones que los empresarios privados consideren no rentables.

La cuestión principal, sin embargo, es definir qué servicios sean básicos. En las sociedades desarrolladas, la telefonía vocal lo es, desde luego. Y actualmente se conviene que también el telefax, el acceso a un sistema de guías de teléfono, al operador, a la existencia de cabinas públicas, a una cobertura adecuada de móviles por parte de los usuarios, etc. Pero la rápida evolución de las telecomunicaciones hace previsible la inmediata incorporación al bloque de servicios básicos de nuevas prestaciones, que ahora solo están al alcance de los que usan sistemas de comunicación más complejos.

Por esta razón, los documentos y normas comunitarias insisten en afirmar que la noción de servicio público es sustancialmente evolutiva.

Un buen ejemplo de estas reflexiones está en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones sobre «el servicio universal de telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado».

### 345.

*Definición del servicio universal.*

### 346.

*Carácter dinámico y evolutivo del servicio universal.*

Al tiempo que nuestra sociedad se transforma en una sociedad de la información, en la que cada vez más personas dependen de un sistema de comunicaciones modernas, se hace necesario evitar el nacimiento de «una sociedad de dos velocidades», en la que vivirían separados aquellos que quieren las máximas disponibilidades de acceso a los modernos medios de comunicación y los que no pueden beneficiarse de ello. Pero, a medida que avanza la calidad y se diversifican los servicios de telecomunicaciones, es necesario ampliar la concepción de lo que sea universal, incorporando a la misma nuevos servicios que antes habían sido innecesarios para las relaciones económicas o sociales».

De aquí el carácter dinámico y evolutivo del servicio universal, que se percibe en las diferentes normas que han ensayado una delimitación del contenido de la noción.

En la segunda parte del Libro Verde sobre liberalización de las infraestructuras de las telecomunicaciones, publicado el 25 de enero de 1995, se dice que «el servicio universal se mantiene como una de las principales exigencias políticas de la Unión». Ciertamente queda convertido en una idea central cuyas pretensiones organizativas se resumen en lo siguiente: en primer lugar, delimitar un bloque de prestaciones básicas que deben ser ofrecidas a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su rentabilidad y el interés que puedan tener los operadores en invertir para poder prestarlas; en segundo lugar, conseguir un reparto equitativo de las cargas de servicio público entre todos los operadores que actúan en el sistema; en tercer lugar, establecer las normas sobre costes que son imprescindibles para fijar cuál es el contenido básico de las prestaciones que debe ofrecer cada operador; la elección de estos contenidos fundamentales debe hacerse de modo flexible dada la evolución vertiginosa de la tecnología y la ampliación continua de las necesidades.

De la definición del contenido y características del servicio universal se ocuparon más tarde dos documentos comunitarios: la Resolución del Consejo de 27 de febrero de 1994 y la Declaración de la misma fecha de la Comisión sobre principios y alcance de servicio universal.

Según la Resolución del Consejo citada, en un entorno competitivo cabe esperar que las fuerzas del mercado se encarguen, en la mayoría de los supuestos, de universalizar por sí mismas las prestaciones básicas de telecomunicaciones. Este es un desiderátum, sin embargo, que no hay que dar por cumplido ni puede suponerse que siempre se imponga inevitablemente. Cuando la competencia no produzca directamente tal dinámica, será necesario imponerla. Los defectos de la

**347.**

*Criterios para diferenciarlo.*

**348.**

*Características en el sector de las telecomunicaciones: los contenidos y su proporción.*

competencia se notarán más cuando los servicios carezcan de rentabilidad comercial. Por lo que concierne al contenido del servicio universal, la Resolución del Consejo la identifica con el servicio de telefonía vocal básica a precios asequibles para todos los usuarios que formulen una solicitud razonable. Se exige, además, calidad suficiente y universalidad, igualdad y continuidad en la prestación del servicio.

El servicio universal debe evolucionar al ritmo del progreso técnico, basarse en principios comunes en todos los Estados de la Unión y considerar especialmente las necesidades personales (discapacitados y otros colectivos) o territoriales (zonas con redes menos desarrolladas) de determinados segmentos de la población.

La Comunidad aprobó una primera Directiva en la que se regulaba el servicio universal el 30 de junio de 1997 (Directiva 97/93/CE del Parlamento y el Consejo) y han sido fundamentalmente sus principios, mejor desarrollados y articulados luego en la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2001, del Parlamento y el Consejo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónica, los que están ahora consolidados en la legislación española. Los principios a los que se atiene son prácticamente coincidentes en su aplicación a las telecomunicaciones y al ramo de correos. En el caso primero, la norma básica es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, artículos 22 y siguientes, desarrollada en este punto por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento relativo al «servicio universal de telecomunicaciones y demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones». Por lo que concierne a los correos, la regulación está en la Ley 24/1998, de 13 de julio, «del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales», desarrollada por el Real Decreto 81/1999, de 22 de enero, y por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre.

La concepción del servicio universal que resulta de lo establecido en las mencionadas normas se atiene a los siguientes principios:

1.º El servicio universal se describe como «el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible».

Su contenido es, naturalmente, distinto en el ámbito de las telecomunicaciones y en el de los correos. En el primer dominio, el servicio

**349.**  
*Regulaciones  
comunitarias del  
servicio universal.*

**350.**  
*Principios de  
ordenación del  
servicio universal.*

universal debe garantizar que todos los ciudadanos: a) puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales o internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y datos; b) que los abonados al servicio telefónico dispongan gratuitamente de una guía telefónica, en la que puedan figurar, y un servicio de información nacional sobre su contenido; c) una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en todo el territorio nacional, y d) que los usuarios discapacitados y con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios. Por lo que concierne al servicio de correos, se incluyen en el servicio universal, como prestaciones básicas, el servicio de giro y los servicios postales nacionales y transfronterizos para envío de cartas y tarjetas o paquetes postales. También todos los servicios relativos al envío de publicidad directa, servicios accesorios de certificado y valor declarado, etc. Cada uno de estos servicios integra la recogida, admisión, clasificación, tratamientos, curso, transporte, distribución y entrega de cartas, tarjetas postales y paquetes (en este último caso siempre que no excedan de 10 gramos), y los servicios de envío certificado y los envíos con valor declarado.

Uno de los principios básicos que sirven para ordenar el servicio universal es la consideración de su carácter evolutivo, de modo que las leyes que lo regulan básicamente siempre atribuyen al Gobierno la facultad de revisar, ampliándolas, las prestaciones que incluye el servicio. Tal carácter evolutivo está vinculado, sobre todo, a las innovaciones tecnológicas y a su implantación en la sociedad, de manera que vayan convirtiéndose en prestaciones comunes algunos servicios que inicialmente, cuando empieza su fase de desarrollo, solo están al alcance de minorías.

2.º La designación del operador que haya de prestar el servicio universal puede hacerse directamente por la autoridad reguladora o bien mediante licitación pública. En el primer caso, la designación debe recaer necesariamente en los operadores que tengan la consideración de dominantes en una zona determinada. En el segundo, la Administración competente ha de realizar, a la finalización del plazo establecido para la prestación del servicio universal en una determinada zona, una consulta pública para determinar si existen operadores interesados en prestarlo, en qué condiciones y respecto de qué ámbito

**351.**  
*Contenido.*

**352.**  
*Designación del  
operador que debe  
prestarlo.*

territorial. Después de esta información previa se puede producir la convocatoria del correspondiente concurso y su adjudicación.

**353.**  
*Financiación.*

3.º La financiación del servicio universal de telecomunicaciones depende de si su prestación comporta para el operador encargado una desventaja competitiva o no. La valoración al respecto corresponde a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Si aprecia la existencia de desventaja, le corresponde también a la Comisión establecer los mecanismos de compensación que tienen que basarse necesariamente en el cálculo del coste neto que suponen al operador las prestaciones a las que se obliga en virtud del servicio universal.

El cálculo del coste se hace periódicamente y, según explica el artículo 24.1 de la Ley de Telecomunicaciones de 2003, está «en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal». El cálculo de este ahorro tiene que tener en cuenta el coste que implica suministrar el servicio a clientes que, utilizando consideraciones puramente comerciales, el operador no serviría por no ser rentable la operación. El coste neto se calcula por el operador de telecomunicaciones que tiene encargado el servicio universal de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. El cálculo lo tiene que aprobar dicha Comisión, previa auditoría de la entidad operadora.

**354.**  
*Criterios para la  
distribución o  
asunción del coste.*

4.º El coste así valorado tiene que ser soportado por todos los operadores que exploten las redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de los servicios. Las aportaciones de cada uno tiene que fijarlas también la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ateniéndose a parámetros objetivos relativos a la actividad de cada operador (basados, sobre todo, en la cuota de mercado de cada uno de ellos) y sobre todo en los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad.

Todas las aportaciones recibidas se incorporan a un Fondo Nacional, que tiene por finalidad justamente garantizar la financiación del servicio universal. De esta manera, los operadores que presten el servicio universal reciben de este Fondo la cantidad correspondiente al coste neto, al mismo tiempo que el fondo se va nutriendo de las aportaciones de los operadores obligados a sostenerlo (artículo 24.4 de la Ley de Telecomunicaciones de 2003).

**355.**  
*El caso de los  
servicios de  
correos.*

5.º La regulación del servicio universal en el área de los correos difiere de la establecida en materia de telecomunicaciones, en un punto de gran interés: mientras en materia de telecomunicaciones la apertura al mercado ha sido absoluta, de modo que el antiguo operador mono-

polista (que en la actualidad sigue siendo operador dominante), Telefónica, S. A., no detenta ni prerrogativas especiales ni la exclusiva sobre ninguna clase de servicios, en materia de correos la Ley del Servicio Postal no ha concluido todavía una liberalización completa. Por esta razón establece una regulación privilegiada en favor del operador encargado del servicio universal (que es la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos), que prorroga algunos elementos monopolísticos y mantiene posiciones de privilegio en favor de dicho operador.

Como hemos estudiado más atrás, el mantenimiento de estas posiciones privilegiadas, incluso de las reservas, aunque sitúen al operador fuera del mercado, son compatibles con el Derecho comunitario, en la medida en que existen razones de interés público que justifican la excepción y, por otra parte, las reservas de servicios resultan imprescindibles para la obtención de recursos que luego se aplican a la financiación del servicio universal (*vid.* sobre ello *supra* la Sentencia *La Poste*). En el caso de los correos, esta financiación no se hace, en un marco todavía no plenamente liberalizado, con cargo a aportaciones de todos los operadores.

## VI. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

### 1. LA DOCTRINA SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES SEGÚN REQUIERAN O NO PRESTACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA SU REALIZACIÓN Y EJERCICIO: REVISIÓN CRÍTICA

Procede del célebre ensayo del sociólogo británico T. H. MARSHALL (*Ciudadanía y clase social*, publicado en 1950), la exposición clásica acerca de que el progreso histórico de la ciudadanía permite distinguir tres generaciones de derechos que han contribuido sucesivamente a configurar en plenitud la posición del ciudadano frente a los poderes públicos. La primera etapa histórica fue la de los derechos civiles, que comprendían la libertad personal, de expresión, de pensamiento, de conciencia, de religión, de propiedad, de autonomía contractual, de acceso a la justicia... La segunda es la de los derechos políticos, concretados, sobre todo, en la participación en el poder político mediante el derecho de sufragio, activo y pasivo, tanto en las elecciones generales como en las locales. La tercera etapa es la de los derechos sociales y abarca el desarrollo de las instituciones educativas, sanitarias, servicios sociales y todos aquellos imprescindibles para proporcionar a la ciudadanía un mínimo de bienestar económico.

**356.**  
*Tres generaciones  
de derechos.*

**357.**  
*Periodificación.*

La forma en que MARSHALL explicó las etapas de la ciudadanía, los comentarios y críticas que enseguida saludaron la aparición de su obra, y las inevitables simplificaciones, han concluido por consolidar mucho en la bibliografía una periodificación de las «generaciones» de los derechos bastante rígida, según la cual la emergencia de los derechos civiles se produjo en el siglo XVIII, la de los políticos en el XIX y la de los derechos sociales en el siglo XX.

**358.**  
*Simultaneidad.*

Esta periodificación tiene que comprenderse con mucha flexibilidad. En verdad, la preocupación por las funciones sociales del Estado está presente en los albores del primer constitucionalismo europeo y los derechos de carácter social, dejados provisionalmente fuera de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se incorporan a la Constitución francesa de 1791 y a la Declaración de 1793 de modo rotundo y explícito. La investigación de M. GAUCHET sobre aquella peripecia histórica no deja lugar a dudas.

La formación de los derechos no ocurre, por tanto, en tres etapas separadas, ni forman aquellos parte de tres generaciones completamente distintas, sino que todos tienen un desarrollo parcialmente simultáneo, aunque el momento en que se produce la máxima expansión de cada uno de ellos, y se consolidan plenamente las garantías que aseguran su disfrute, no sean exactamente coincidentes.

Las prestaciones de carácter social de las Administraciones públicas en el siglo XIX tienen, en algunos sectores, un componente discrecional muy amplio. También son singulares porque no se extienden a la totalidad de los ciudadanos sino a grupos o colectivos selectivamente designados. La consagración del Estado social servirá para sustituir la discrecionalidad por obligatoriedad, y la selectividad de las prestaciones por su generalización a todos los ciudadanos.

**359.**  
*Los derechos sociales en el primer constitucionalismo.*

Es innegable que las primeras Declaraciones de derechos pusieron especial énfasis en la consagración de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Pero junto a ellos aparecieron enseguida los primeros derechos sociales y económicos. De entre estos últimos el derecho de propiedad se convierte en el centro del sistema económico inmediatamente (artículo 17 de la Declaración de Derechos de 1789); en España, la misma formulación puede encontrarse en la Constitución de 1812. En cuanto a los derechos de carácter social, los de «socorros públicos» o beneficencia están presentes en la Constitución francesa de 1791 y en la Declaración de Derechos de 1793. En los mismos textos aparece el derecho a la educación, que será, desde entonces, básico en todos los ordenamientos constitucionales que se suceden.

No obstante, es evidente que en la historia del constitucionalismo se ha mantenido una diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico y social, basada en que los primeros son autoejecutivos, inmediatamente eficaces, y sometidos únicamente a la protección de los jueces y tribunales, mientras que los segundos necesitan de la contribución del legislador para su delimitación y de una actividad prestacional ulterior de la Administración pública, para que dote de los medios necesarios para la eficacia de tales derechos.

Son por tanto, estos últimos, derechos debilitados, sometidos a una definición legislativa y, desde luego, dependientes en todo de la contribución de la Administración, que debe aportar los medios necesarios para su realización.

Estas distinciones lucen todavía en nuestra Constitución de 1978. Usa, como nos consta, diferentes conceptos para referirse a los derechos de los ciudadanos. El Título I se denomina «De los derechos y deberes fundamentales». La Sección Primera del Capítulo II del mismo Título se titula «De los derechos fundamentales y libertades públicas». La Sección 2.<sup>a</sup> vuelve a denominarse «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Y el Capítulo III se titula «De los principios rectores de la política social y económica», entre los que se encuentran algunos derechos tan básicos como el de Seguridad Social (artículo 41), a la salud (artículo 43), al medio ambiente (artículo 45), a la vivienda (artículo 47), etc. Hay un substrato jurídicamente uniforme en el régimen constitucional de todos los derechos: son vinculantes para todos los poderes públicos, y los que son clasificados por la Constitución como «derechos y deberes fundamentales» o «derechos y deberes de los ciudadanos», solo pueden regularse por ley que deberá en todo caso respetar su contenido esencial. Sin embargo, los derechos antes mencionados, incluidos dentro del Capítulo III, dedicado a «Los principios rectores de la política social y económica», «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (artículo 53.3 CE).

La interpretación más generalizada de estas diferencias sostiene que los derechos económicos y sociales relacionados en el indicado Capítulo III requieren para su eficacia primero su regulación y, en todo caso, que esta prevea prestaciones públicas cuya gestión corresponde a las Administraciones competentes.

El Tribunal Constitucional ha aceptado reiteradamente que las medidas de protección social son variables en el tiempo, e incluso que su consolidación depende de la política económica general. Por ejemplo,

**360.**  
*Derechos autoejecutivos.*

**361.**  
*Clasificación de los derechos en la CE.*



**362.**  
La jurisprudencia  
del TC.

en la Sentencia 134/1987, de 21 de julio (cuya doctrina reiteran luego las Sentencias 97/1990, de 24 de mayo, y 100/1990, de 30 de mayo), asume que el legislador pueda adoptar medidas de reducción de las pensiones o establecer límites a su crecimiento anual. El Tribunal no admite que exista un principio de «irregresividad» de la Seguridad Social, basado en los artículos 41 y 50 de la Constitución, que se habían invocado en el caso. Dice la primera Sentencia citada: «de ninguno de estos preceptos puede deducirse que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimente un incremento anual. El artículo 41, aparte de garantizar un régimen de Seguridad Social pública, asegura la cobertura suficiente para situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Y ya se ha dicho que no puede afirmarse que pensiones iguales o superiores a 187.950 pesetas mensuales no cubran las situaciones de necesidad. Respecto del artículo 50, el concepto de "pensión adecuada" no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos escasos para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones».

**363.**  
Libertad de  
configuración  
de los derechos  
sociales, según  
el TC.

El legislador, por tanto, puede adoptar decisiones según resulte de la situación económica y aconsejen otros intereses generales. A su libertad general para la configuración de los derechos económicos y sociales se ha referido en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional manteniendo siempre la misma doctrina resumida. La Sentencia 38/1995, de 13 de febrero, refiriéndose al sistema de Seguridad Social, expresa en los siguientes términos los márgenes de aquella libertad: «ciertamente, el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en un sistema jurídico en el que pasa a ocupar una posición el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en el que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los artículos 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fun-

dado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987)».

Esta posición de nuestro Tribunal Constitucional parece dar en todo la razón a quienes defienden la tradicional distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales y económicos, basándose en el reconocimiento y garantía directa de los primeros por la Constitución misma, y en la disponibilidad del legislador, en el caso de los segundos, para delimitar y modificar su contenido, fijando al mismo tiempo las garantías disponibles en favor de los derechos regulados.

Este orden de ideas está siendo paulatinamente superado por la doctrina. En Alemania, diferentes autores (HÄBERLE, DÜRIG, SCHOLZ, STERN) observaron que todos los derechos consagrados constitucionalmente tienen una vertiente subjetiva y otra objetiva. Desde el punto de vista subjetivo confieren a los ciudadanos facultades de actuación y derechos de defensa. Desde la perspectiva objetiva la regulación constitucional de los derechos irradia muchas consecuencias: determina la necesidad de que existan ámbitos en los que los derechos subjetivos puedan ejercerse; contienen mandatos al legislador; consagran valores que orientan sus decisiones; imponen prestaciones a favor de los poderes públicos; en ocasiones implantan garantías a favor de determinadas instituciones sin cuya existencia no podría el derecho ejercerse (por ejemplo, libertad de cátedra como derecho y autonomía universitaria como institución enmarcada en la vertiente objetiva del derecho: artículo 27.10 CE).

Esta perspectiva objetiva de los derechos constitucionales, que hasta recientemente solo se ha subrayado en el caso de los derechos sociales, que siempre imponen una actividad prestacional a los poderes públicos, de la que depende su disfrute y garantía, es, sin embargo, lo mismo de evidente en la mayoría de los derechos de libertad, para cuyo ejercicio la doctrina tradicional no creía precisos otros instrumentos que la atribución a su titular de derechos de defensa frente a las posibles violaciones de los poderes públicos. Si se examinan con más atención los condicionamientos a que está sometido el ejercicio de los aludidos derechos se comprobará, por ejemplo, que el derecho de libertad personal que proclama el artículo 17 de la Constitución no queda suficientemente garantizado con la atribución a los ciudadanos de un poder de reacción frente a cualquier agresión ilegítima, sino que es preciso también que el legislador arbitre procedimientos para que pueda ejercerse tal defensa, como es, en el caso específico, el procedimiento de hábeas corpus previsto en el artículo 17.4 CE. La inviola-

**364.**

*La vertiente  
objetiva de todos  
los derechos.*

**365.**

*La necesidad de  
prestaciones de los  
poderes públicos  
para el pleno  
disfrute de los  
derechos  
fundamentales.*

bilidad de domicilio tampoco se configura constitucionalmente con un perfil exclusivamente subjetivo, sino que también reclama del legislador los medios adecuados para reaccionar contra su violación, articulando incluso la autorización del juez, prevista en el artículo 18 CE, necesaria para que la intervención sea legítima. La libertad de enseñanza, tan esencial en un Estado social y democrático, sería imposible de practicar, por más énfasis que ponga el artículo 27 CE en proclamarla, si no existen instituciones donde ejercerla. Los básicos derechos procesales que consagra el artículo 24 CE precisan que el legislador regule los procedimientos adecuados, provea las estructuras y determine las instituciones donde han de ejercerse. No es imaginable tampoco que el derecho a la educación, aunque se configure como un derecho fundamental, pueda ser operativo sin una vasta organización administrativa a su servicio. Es difícil que los derechos de huelga y manifestación puedan ejercerse en un marco exento de control y tutela. El derecho electoral no podría desarrollarse si no existiesen condiciones institucionales proporcionadas por el Estado, como el establecimiento de tribunales, registros, convocatorias de elecciones, sistemas de partidos, etc. El mismo derecho de propiedad, que está en el centro de la formación de la dogmática de los derechos subjetivos, para que pueda ser disfrutado, necesita una gran cobertura pública a su servicio, que va desde los catastros y registros a los mismos tribunales de justicia que tienen la misión de protegerlo.

La vertiente objetiva de los derechos tiene muchas derivaciones, pero una de ellas, la que aquí nos interesa ahora, impone prestaciones de apoyo a los poderes públicos para su disfrute en plenitud. Esta exigencia aparece con la misma intensidad en derechos de libertad o en derechos fundamentales, distintos de los derechos sociales y económicos, que eran los únicos que, hasta recientemente, se habían considerado no autoejecutivos, dependientes de prestaciones públicas que correspondía directamente al legislador decidir.

## 2. CONFIGURACIÓN LEGAL Y DELIMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS

### A) El marco constitucional

Tomaremos como primera referencia el modelo regulatorio aplicado a la propiedad privada y a la libertad de empresa.

Diversos preceptos constitucionales contribuyen a delimitar el estatuto básico de la propiedad privada. Tiene una posición central el

artículo 33.1 CE donde se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Le alcanza la protección consignada en el artículo 53.2 CE en cuanto que solo puede el legislador regular el derecho de propiedad respetando su contenido esencial. Significa esta limitación que, según la indicación reiterada de la jurisprudencia constitucional, el legislador tiene que preservar la imagen del derecho de propiedad de acuerdo con la concepción que la sociedad tiene del mismo e incluir en la regulación las facultades básicas de goce y disposición sobre los bienes que la caracterizan. No obstante, estas facultades siempre pueden limitarse porque el apartado 2 del mismo precepto citado establece que «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». La función social de la propiedad es el *critérium* central que ha de utilizarse al definir el contenido de la propiedad, las facultades que comprende y los deberes y obligaciones que la constriñen.

Otros preceptos de la Constitución abundan en la misma dirección de considerar que el derecho de propiedad, como todos los derechos de contenido patrimonial, tiene una vertiente subjetiva que se refiere a las facultades individuales de goce, disfrute y disposición, y otra objetiva que impone el sometimiento de dichas facultades a las exigencias del interés general. En este sentido, el artículo 128.1 señala que «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». El artículo 45.2 establece que «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». El artículo 46 dispone que «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». El artículo 47 afirma, respecto del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que: «Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes... regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». El mismo precepto añade que: «La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». El artículo 130.1 prescribe que: «Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería, de la pesca y la artesanía a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles».

**366.**

*Consagración constitucional: artículo 33.1.*

**367.**

*Función social y subordinación al interés general.*

**368.**  
*Vertiente subjetiva  
y objetiva  
del derecho.*

Todas estas prescripciones constitucionales sobre la propiedad privada parten de su doble vertiente de derecho subjetivo a usar y disfrutar de las cosas que son susceptibles de apropiación (el límite general está establecido justamente en la imposibilidad de constituir títulos de propiedad privada sobre los bienes que están fuera del comercio de acuerdo con lo que establece el artículo 132 CE), y, por otra parte, su consideración como institución central de la economía social de mercado, que justifica que el legislador puede intervenir intensamente en la delimitación de las facultades que comprende y los deberes y obligaciones que comporta. El Tribunal Constitucional ha remarcado estas dos perspectivas del derecho de propiedad en muchas ocasiones, reiterando una doctrina que en esencia quedó establecida en la Sentencia 37/1987, de 28 de marzo, en la que, explicando qué significa la función social a que alude la Constitución para definir el derecho de propiedad privada, advirtió que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular; sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

**369.**  
*Utilidad individual  
y función social  
según el TC.*

**370.**  
*Artículo 38 CE.*

Por lo que concierne a la libertad de empresa, el artículo 38 de la Constitución establece: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación».

La caracterización constitucional de la libertad de empresa puede resumirse con arreglo a los siguientes principios:

1.º La consagración de la libertad de empresa en la Constitución, artículo 38, tiene que entenderse en paralelo con el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica en el artículo 128.2. El ejercicio de la libertad de empresa es compatible con las potestades de los poderes públicos de crear empresas, en cualquier sector (el hecho de que la Administración tenga como función propia la atención a los intereses generales, obliga, para que las decisiones económicas tengan soporte constitucional que se justifiquen de alguna manera desde la perspectiva de los intereses públicos; y también de la eficiencia del gasto que consagra el artículo 31.2 CE). El ejercicio de actividades empresariales por los poderes públicos ha de producirse en el marco de la economía de mercado (también aquí salvo las contadas excepciones que pueden establecerse legalmente para servicios que no pueden prestarse de acuerdo con las reglas del mercado: artículo 106.2 TFUE) a que alude el artículo 38 CE. Y un componente esencial de dicho régimen de mercado es la igualdad de condiciones para todas las empresas, públicas o privadas, que compiten en él.

La actividad de los poderes públicos que puede ser susceptible de desarrollos empresariales abarca casi la práctica totalidad de las competencias públicas. Y, sin embargo, los empresarios privados no tienen abierto un abanico mercantil tan amplio. La razón es que determinadas funciones, vinculadas a la soberanía del Estado o al ejercicio de atribuciones de autoridad están constitucionalmente reservadas al Estado y no pueden transformarse libremente en actividades empresariales privadas. Es impensable actualmente la transformación en actividades mercantiles de las relaciones exteriores, el ejército o la policía. Pero aunque el Estado use parcialmente técnicas empresariales para la gestión de algunos aspectos de dichos servicios, no es confundible la potestad organizativa de la que depende tal decisión, con la posible apertura de estos reductos de la soberanía a la libertad de empresa.

Las mismas restricciones afectan a los servicios públicos constitucionalizados, es decir, los atribuidos primariamente a la titularidad pública desde la Constitución misma (*vid. infra* sobre este concepto), o a los servicios o recursos esenciales atribuidos a las Administraciones públicas en virtud de una ley, de acuerdo con lo que permite el artículo 128.2 CE.

2.º El segundo grupo de condicionamientos constitucionales dependen de la regulación del derecho. En los términos del artículo 53.2 CE

### 371.

*Libertad de empresa e iniciativa pública económica.*

### 372.

*Reservas públicas.*

esta regulación solo puede hacerse por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial de la libertad de empresa.

**373.**  
*Reserva de ley  
y potestades  
administrativas.*

El precepto citado establece una reserva material de ley que debe ser cumplimentada precisamente mediante leyes formales aprobadas por los órganos (estatales o autonómicos) que tiene constitucionalmente atribuida dicha potestad, y dentro de los límites de sus competencias materiales. Las leyes pueden delimitar el contenido de la libertad de empresa, condicionándolo, o establecer limitaciones a su ejercicio. Las leyes deben contener, al menos, la regulación esencial del derecho y los condicionamientos a que deben atenerse sus limitaciones. La jurisprudencia constitucional ha excluido reiteradamente que las potestades normativas de las Administraciones públicas les permitan regular o limitar la libertad de empresa mediante reglamentos independientes. No está excluido constitucionalmente que los reglamentos puedan intervenir en la ordenación de estas libertades, pero deben hacerlo complementando o desarrollando las leyes. Es decir, que los reglamentos tienen que ser ejecutivos, no independientes.

**374.**  
*Racionalidad,  
proporcionalidad...*

Las regulaciones y limitaciones del derecho tienen que respetar su «contenido esencial». En los términos que la jurisprudencia constitucional ha interpretado este concepto, significa que las normas reguladoras no pueden desfigurarlos hasta hacerlo irreconocible o liquidar las notas o características esenciales con las que es socialmente reconocido (libertad de crear la empresa, de configurar su objeto, de actuar en el tráfico mercantil, distribuyendo, comerciando, etc.). Esta doctrina aparece muy reiterada en una jurisprudencia del TC extensísima (v.gr., SSTC 71/1982, 83/1984, 88/1986, 123/1991). Refiriéndose, por ejemplo, a la posibilidad de ordenar por ley los horarios comerciales, la STC 225/1993, de 8 de julio, sienta una pauta general de interpretación del artículo 38 que se ha reiterado siempre ulteriormente: «el artículo 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el artículo 38 CE».

En fin, estos principios constitucionales significan también que las Administraciones públicas no pueden subordinar la creación, establecimiento, traslado, ampliación, etc., de empresas, a condicionamien-

tos desproporcionados, arbitrarios o que no cuenten con una habilitación legal expresada del modo formal que antes se ha indicado. El Tribunal Supremo ha estado, por ejemplo, siempre atento, después de la Constitución, a declarar nulas las denegaciones de autorización o las intervenciones a la libertad de empresa acordadas sin habilitación legal suficiente.

3.º El tercer grupo de límites es de mercado, ya que la libertad que consideramos, está consagrada «en el marco de la economía de mercado». Las reglas del mercado están contenidas en normas legales (especialmente, la Ley 15/2007, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia). Pero su definición no depende de la libertad absoluta del legislador (prima, según el TC, en la referencia a la «economía de mercado», «el carácter de garantía institucional» —SSTC 83/1984 y 123/1991— lo que conlleva que, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa —STC 88/1986—, es también el parámetro «dentro del que han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad»). No solo porque el concepto de «economía de mercado» remita a un conjunto de valores perfectamente identificables, sino, sobre todo, porque el Derecho comunitario, cuyos criterios en este punto se imponen al legislador interno, ha definido algunas de las reglas principales del mercado interior. Entre ellas, señaladamente, la competencia libre (también el TC —v.gr., Sentencia 88/1986— considera la libre concurrencia elemento decisivo de la economía de mercado).

La libertad de empresa tiene que ejercerse, por tanto, forzosa-mente, en el marco de mercados competitivos que imponen la observancia de algunas reglas esenciales que están reguladas en los artículos 81 y siguientes del Tratado CE: prohibición de prácticas colusorias, de abuso de la posición dominante, de concentraciones capaces de disminuir la competencia, etc.

Los límites de mercado resultan también de las reglas impuestas por los organismos reguladores, cuando fijan, por ejemplo, estándares, o imponen obligaciones de información, o exigen el cumplimiento de determinadas normas de calidad o de seguridad, o exigen auditorías o certificaciones de diverso carácter.

Igualmente, los mercados pueden actuar autorregulándose. Las leyes, las Administraciones públicas o las Agencias reguladoras aceptan que en un determinado sector empresarial las condiciones de producción o comercialización sean acordadas por los propios operadores. La asunción de esas reglas privadas, normalmente aceptadas

### 375.

*La economía de mercado como marco para el ejercicio de la libertad.*



voluntariamente, ahorran al regulador vigilancia e intervenciones. Pero, al tiempo, imponen a las empresas pautas de conducta a las que tienen necesariamente que atenerse.

Todos los condicionamientos expresados resultan del marco constitucional y de mercado en el que tiene que desenvolverse la libertad de empresa. Pero también de la consagración constitucional de la economía de mercado deriva necesariamente un fortalecimiento de la empresa privada, hasta el punto que impone operaciones de privatización de empresas en sectores antes controlados total o predominantemente por operadores públicos.

## B) La definición del contenido de los derechos

### a) *Regulación y privación del derecho*

Es la ley, en primer lugar, la que tiene que cumplir el encargo constitucional de concretar las facultades, deberes y obligaciones que comprende cada uno de los derechos consagrados en la Constitución. Las operaciones de delimitación, esto es, de fijación del contenido ordinario de cada derecho, no concluyen, sin embargo, en la regulación legal, sino que se completan a través de actuaciones de la propia Administración que usa, a tal efecto, las potestades de que ordinariamente dispone, principalmente de carácter normativo o ejecutivo, es decir, a través de reglamentos y actos. En su caso, también puede concretarse contractualmente el alcance de las facultades que comprende un determinado derecho.

Los límites con que tiene que actuar el legislador cuando regula derechos, así como los que afectan al ejercicio de las potestades administrativas, los tenemos estudiados en otros volúmenes de esta obra. Ha de tenerse en cuenta toda la mecánica jurídica del principio de legalidad, los límites que la Constitución impone a la actuación del legislador, la configuración y límites de la potestad reglamentaria o, en fin, el régimen jurídico de los actos administrativos y los términos de su subordinación a la legalidad. Damos todo ello por expuesto y nos remitimos a los lugares correspondientes, así como para la determinación de algunas especialidades que presentan las potestades de regulación cuando se ejercen sobre derechos de contenido económico, lo que hemos explicado en el apartado IV de este mismo volumen.

La operación legislativa de delimitación de los derechos radica en la fijación del contenido normal del mismo. Ello implica, como hemos indicado, la determinación de las facultades que corresponden a su

#### 376.

*Colaboración  
ley-reglamento.*

#### 377.

*Límites al  
legislador y a la  
Administración.*

titular, así como de las limitaciones, deberes y obligaciones que afectan al ejercicio del derecho. La delimitación que, en este sentido, llevan a cabo las leyes que definen el contenido de los derechos nunca genera el derecho de sus titulares a ser indemnizados, ya que las restricciones o limitaciones que se establecen forman parte del contenido normal del derecho. La legislación del suelo ha venido explicando esta incidencia de las leyes reguladoras de los derechos sobre los mismos de una manera técnicamente muy exacta, como comprobaremos un poco más adelante. En la actualidad, el Texto refundido de la Ley del Suelo de 2008 establece, en su artículo 3.1, que los deberes que se imponen al derecho de propiedad conforme a la ordenación territorial y urbanística no confieren a los propietarios derecho a exigir indemnización salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes. Es más, la legislación puede cambiar, modificando el contenido de los derechos, sin que ello implique que se vulneren derechos adquiridos de cualquier clase. El regulador mantiene íntegras las facultades de modificar las normas establecidas sin que eso implique necesariamente una restricción de los derechos. Puede ocurrir que se produzca una privación de derechos verdaderamente consolidados, pero en tal caso estamos ante una operación que no es propiamente regulatoria sino expropiatoria, que lleva consigo la obligación de indemnizar en los términos que la Constitución impone.

La primera decisión que puede adoptar el legislador, cuando la Constitución lo permite, es eliminar la posibilidad de que se constituyan derechos sobre algún tipo de bienes o actividades. El artículo 128.2 permite la reserva al Estado de bienes y servicios esenciales. Ya hemos analizado las reservas de servicios. Las concernientes a los bienes hay que ponerlas en conexión con el artículo 132.2 CE que permite que, mediante ley, se acuerde la calificación de determinadas clases de bienes como de dominio público, lo que implica que se transforman en bienes insusceptibles de ser de propiedad privada. Estas decisiones de demanialización pueden suponer un despojo de derechos preexistentes. Los ejemplos postconstitucionales más llamativos con que contamos son las operaciones de demanialización acordadas por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. La primera declaró de dominio público todas las aguas incluyendo las subterráneas que, hasta entonces, se consideraban susceptibles de apropiación privada. Y la segunda, invocando el artículo 132.2 de la Constitución, declaró de dominio público la totalidad de las playas y la zona marítimo-terrestre, cuya extensión amplió, con lo que quedaron afectados titulares de derechos de carácter privado cuya existencia y efectividad incluso habían declarado los tribunales al término de proce-

**378.**

*La delimitación no comporta derecho a indemnización.*

**379.**

*Decisiones de demanialización materialmente expropiatorias.*

sos planteados específicamente. El Tribunal Constitucional consideró que, desde el punto de vista constitucional, se trataba de verdaderas expropiaciones; para llegar a esta conclusión se sirvió del criterio de que las leyes que regulan los derechos han de respetar el contenido esencial de los mismos, de acuerdo con lo que establece el artículo 53.2 CE. Si se afecta a dicho contenido esencial, la ley es materialmente expropiatoria, por lo que carece de legitimidad constitucional si no pone en juego la correspondiente indemnización. La Sentencia de 4 de julio de 1991, sobre la Ley de Costas, declaró que una ley de contenido materialmente expropiatorio tiene que ir acompañada de la previsión de indemnizaciones para ser adecuada a la Constitución, y, además, el valor del bien expropiado tiene que mantener una proporcionalidad razonable con la indemnización acordada. La STC de 29 de noviembre de 1989, sobre la Ley de Aguas citada, insiste en que la delimitación de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no puede desconocer su contenido esencial, ya que supondría una privación o supresión del mismo o un «despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente».

**380.**  
*Medidas generales  
y singulares.*

A veces no resulta fácil distinguir, en la legislación y en la práctica aplicativa de la misma, los supuestos en que se produce una privación singular de un bien que es indemnizable, y aquellos otros en que estamos ante regulaciones generales del mismo, que fijan el contenido del derecho. La doctrina y la jurisprudencia suelen distinguir, a tales efectos, entre las medidas generales y las singulares. Si es general, estaremos ante una regulación, y si es singular puede tratarse de una privación indemnizable. El criterio no es, sin embargo, completamente seguro, porque existen medidas regulatorias que son singulares y suponen vinculaciones concretas de algunos derechos sin que ello determine la necesidad de indemnizar. Para completar el criterio indicado, suele aplicarse la doctrina del *sacrificio especial*, según la cual es procedente una compensación o reparación cuando la restricción o pérdida patrimonial es especialmente intensa. Un ejemplo reiteradamente utilizado es el que ofrece actualmente el artículo 35.b) del Texto refundido de la Ley del Suelo de 2008 donde se indica que son indemnizables «las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa». La jurisprudencia ha aportado ejemplos de restricciones singulares indemnizables, al examinar algunas prohibiciones que afectan al ejercicio de los derechos. Por ejemplo, la prohibición de edificar en las fincas colindantes a

las carreteras, que han de respetar la denominada «línea de edificación» que se sitúa a una distancia de 25 metros o más del borde exterior de la carretera, implica un *sacrificio especial* cuando el propietario no puede concentrar el aprovechamiento urbanístico que le corresponde, según el plan vigente, en el resto de las parcelas de su propiedad que no estén afectadas por ese límite; la pérdida del aprovechamiento sería una restricción indemnizable (SSTS de 7 de abril de 2001 y 13 de febrero de 2003, entre otras).

**381.**  
El sacrificio especial.

El Tribunal Constitucional, como ya hemos indicado, se inclina por utilizar el criterio del contenido esencial, para concluir que son privaciones singulares indemnizables las que desconocen pura y simplemente tal contenido o privan a los titulares de toda posibilidad de uso y disposición, o imponen restricciones desproporcionadas que no se justifican por razones de interés público.

**382.**  
El límite del contenido esencial.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estos últimos criterios, y particularmente el de la proporcionalidad, han sido utilizados en la jurisprudencia disponible al efecto (SSTEDH *Kliafas*, de 8 de julio de 2004, y *Rosinski*, de 17 de julio de 2007, con amplia información sobre la jurisprudencia anterior).

**383.**  
Proporcionalidad en las SSTEDH.

#### b) *Limitaciones, deberes y obligaciones*

La delimitación del contenido de los derechos por parte del regulador (en primer lugar la ley y, en la medida de las habilitaciones que esta contenga, mediante regulación administrativa) no consiste habitualmente en la determinación pormenorizada de las facultades, deberes y obligaciones que comprende. El punto de partida de toda regulación debe ser, como ya hemos señalado al estudiar las características de las potestades implicadas, el principio general de libertad, que supone que los derechos deben poder ejercerse de acuerdo con el contenido constitucionalmente declarado y, cuando se requieran prestaciones de los poderes públicos para poder disfrutarlos, ateniéndose al desarrollo y alcance que las mismas permitan (la mayor parte de los derechos sociales dependen, en cuanto a su alcance, de los sistemas de prestación que el propio legislador organiza). Algo semejante ocurre con las limitaciones, deberes y obligaciones que pueden imponerse delimitando el contenido del derecho o condicionando su ejercicio. No es preciso, ni resulta común, que el legislador establezca cuadros completos de restricciones o constricciones de este tipo para cada uno de los derechos que la Constitución o las leyes declaran en favor de los ciudadanos.

**384.**  
El principio general de libertad.

No obstante lo anterior, cada vez es más frecuente en las sociedades complejas de nuestro tiempo que la necesidad de ajustar el contenido y ejercicio de los derechos al interés general imponga a los reguladores una alternativa distinta consistente en fijar por completo el contenido del derecho asignando exactamente el haz de facultades y el conjunto de deberes y obligaciones que comprende. En esta hipótesis estamos ante regulaciones que fijan el estatuto completo del derecho.

A estas dos clases de intervenciones regulatorias nos referiremos sucesivamente. En este apartado, a la imposición singular de limitaciones, deberes y obligaciones. Y en el siguiente, a las regulaciones de carácter estatutario.

Limitaciones, deberes y obligaciones son todos supuestos de restricción de las facultades que comprenden los derechos o de las modalidades de su ejercicio:

— Las limitaciones afectan al ejercicio del derecho en diferentes grados y se desarrollan mediante diferentes tipos de prohibiciones. Las más radicales son las prohibiciones incondicionadas y absolutas, que implican que una cierta modalidad de ejercicio del derecho no puede ser puesta en práctica por su titular. Por ejemplo, no circular en una determinada dirección, o sobrepasando una velocidad determinada. Las clases de prohibiciones más comúnmente empleadas por las regulaciones de los derechos son las prohibiciones relativas que pueden levantarse obteniendo una autorización de la Administración. Estas intervenciones administrativas previas constatan que el interesado reúne determinadas condiciones impuestas por la regulación establecida. El acto mediante el cual se levanta la prohibición es la autorización administrativa, que se presenta bajo diferentes modalidades. Dedicamos un epígrafe ulterior específicamente al estudio de las autorizaciones. También es frecuente la subordinación del ejercicio de un derecho a la previa comunicación a la Administración, o la inscripción en un registro. También las prohibiciones pueden sobrevenir al ejercicio de una actividad cuando se producen cambios normativos o lo impone el interés general. Los supuestos de limitación de derechos que aparecen en la legislación vigente son numerosos y, en verdad, de difícil catalogación; depende del tipo de derechos que se consideren: por ejemplo, para el derecho de propiedad se utilizan las prohibiciones de edificación, las servidumbres de paso, las restricciones a la utilización de los predios y masas forestales privados. Para la libertad de empresa se articulan prohibiciones absolutas, como la concerniente a vulnerar las reglas de la libre competencia u otras que

**385.**  
*Limitaciones:  
clases.*

afectan a la gestión misma de las empresas y que pueden dar lugar, en caso de incumplimiento, incluso a la intervención de las mismas (artículo 128.2 CE). En los epígrafes sucesivos se estudiarán con más pormenor las técnicas de limitación de uso más reiterado por los reguladores. Todas estas clases de potestades de limitación han de tener, naturalmente, una habilitación legal suficiente, en los términos que ya tenemos estudiados. Las limitaciones forman parte del contenido de los derechos y, si no implican realmente una privación de los mismos, no son indemnizables según nos consta.

— Los deberes suponen una restricción igualmente del contenido del derecho consistente en imponer al titular del mismo que adopte un determinado comportamiento. Son razones concernientes a la función social de los derechos o al interés general las que determinan la imposición de deberes, que también forman parte del contenido del derecho, de modo que no da lugar a indemnización. Los deberes tienen que formularse en las leyes o por vía reglamentaria, cuando la Administración reguladora cuente con una habilitación suficiente de la ley. También puede producirse mediante actos administrativos. Entre ellos, la más prototípica forma que reviste la imposición de deberes mediante actos es la orden. La teoría de las órdenes se ha desarrollado en los países europeos de nuestro entorno a partir de la formulación que llevó a cabo O. MAYER sobre las órdenes de policía. Con ellas se trata de impedir o reprimir conductas contrarias al orden. Pero el enmarcamiento inicial de las órdenes en la actividad policial se desbordó muy rápidamente a lo largo de la primera mitad del siglo XX, sobre todo cuando las Administraciones públicas empezaron a intervenir en diferentes sectores sociales y económicos, utilizándolas como uno de los instrumentos de actuación. Para no desvincularlas completamente de su origen, la doctrina empezó a referirse entonces a las «policías especiales» que realmente nada tenían que ver con la policía del orden público sino con la actividad administrativa general en diferentes ámbitos. Las órdenes parten siempre de una situación de libertad, que restringen, de acuerdo con prescripciones legales, bien para imponer una conducta activa a los ciudadanos o bien para establecer una posición pasiva, de no hacer o soportar. Las órdenes, que imponen deberes, se han de acomodar, como todos los actos administrativos, al principio de legalidad; las órdenes ilegales pueden, por tanto, ser combatidas de acuerdo con los principios impugnatorios que ya nos constan. Pero, en relación con las mismas, también es clásico el debate acerca de si existe un derecho de resistencia o desobediencia a las órdenes ilegales, muy especialmente cuando imponen conductas que suponen una infracción, incluso punible, de la legalidad.

**386.**  
*Deberes.*

**387.**  
*Imposición  
mediante órdenes.*

**388.**  
*Límites.*

**389.**  
*Tipos.*

Las órdenes son distintas de los requerimientos, intervenciones o apercibimientos porque en estos no se impone una conducta sino que se advierte sobre la posibilidad de que se produzca el incumplimiento de un deber por parte del titular de un derecho. Las órdenes pueden ser preventivas o represivas, dependiendo de que se anticipen o no a una situación contraria al interés general o a la legalidad. También se habla por la doctrina, desde una aportación de M. S. GIANNINI, de órdenes directivas, que se caracterizan por reclamar el mantenimiento de una conducta a lo largo del tiempo, o programar u orientar o dirigir el disfrute de un derecho o el ejercicio de una actividad privada, de acuerdo con los criterios que el mismo acto contiene.

**390.**  
*Obligaciones.*

— En fin, las obligaciones forman parte del mismo grupo de restricciones delimitadoras de los derechos, que tampoco son indemnizables porque forman parte del contenido de los mismos. Teóricamente se diferencian de los deberes en que, aunque consisten como estos en dar, hacer o retener algo, siempre tienen como contrapartida el derecho de otro sujeto, que puede exigir su cumplimiento, lo que no ocurre en los deberes, que se imponen directamente por la legalidad por razones de interés general sin que se configuren como contrapartida derechos susceptibles de ser reclamados. Esta distinción, que la doctrina reitera con la mayor convicción técnica, no siempre tiene un reflejo exacto en la legislación, donde se utilizan los conceptos de deber y de obligación como intercambiables, en el sentido de reconocer que pueden ser exigidos por terceros a los que su cumplimiento beneficie.

**391.**  
*Imposición, en la legislación reguladora del derecho o establecimiento, de obligaciones horizontales o transversales.*

La imposición de deberes y obligaciones puede producirse en la legislación que regula específicamente un derecho (por ejemplo, las obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario, en el artículo 11 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril; las asociaciones deberán inscribirse en un registro —artículo 10 de la Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación—; los afiliados a los partidos políticos tienen los deberes que establece el artículo 8 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, y los partidos políticos deben justificar las cuotas y aportaciones, según el artículo 8 de la Ley de financiación de los partidos políticos de 4 de julio de 2007, además de cumplir con las obligaciones contables que establecen el artículo 14 y otros; los titulares de ficheros de datos de titularidad privada tienen obligaciones de comunicación de su existencia al órgano regulador, así como la cesión de los datos, su tratamiento, además de cumplir con las obligaciones generales que establecen los artículos 4 y siguientes de la Ley como contrapartida que en ellos se

establecen a favor de los afectados, según dispone la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal) o, lo que es más frecuente e importante, en normas que tienen eficacia horizontal y vinculan a grupos muy variados de derechos. Entre estas regulaciones con eficacia horizontal destacan las relativas a los derechos de los consumidores y usuarios, las disposiciones medioambientales y las regulaciones de carácter social, muy especialmente concernientes a la lucha contra diferentes formas de discriminación:

— El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, después de definir los derechos básicos de estos en el artículo 8, dedica su extenso articulado a establecer una amplísima gama de deberes que afectan a empresas con actividades y objetos muy variados. Son deberes concernientes a la seguridad, a la información, a la protección de los intereses económicos, a los contratos realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario, a las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas, a las responsabilidades de los vendedores, la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, etc.

— En materia de medio ambiente existen numerosas normas de eficacia horizontal que imponen deberes exigibles en la práctica totalidad de los sectores de la actividad económica. Por ejemplo, la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, que impone extensas y variadas obligaciones a los titulares de las instalaciones que la propia Ley delimita (artículos 5 y concordantes) y regula la importante autorización ambiental integrada (artículos 9 y siguientes). La Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, que regula pormenorizadamente las obligaciones nacidas de la puesta en el mercado de productos generadores de residuos (artículos 7 y siguientes), y los deberes y obligaciones concernientes a la gestión de los mismos (artículos 21 y siguientes). La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, que regula también las obligaciones de los titulares de instalaciones donde se desarrollen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera (artículos 7 y concordantes). La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido. Y, como precedente de todas estas normas, el más breve y menos pretencioso Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, que todavía se mantiene vigente en los términos que indica la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección atmosférica, antes citada. Este Reglamento se refirió, en su artículo 2, a las «activi-

**392.**

*Obligaciones y deberes en la legislación de consumo.*

**393.**

*Deberes y obligaciones en materia de medio ambiente.*



dades *reguladas*» para delimitar su ámbito. Serían todas aquellas actividades calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de acuerdo con las definiciones que contiene su propio texto y las incluidas, aunque sin carácter limitativo, en un nomenclátor. Este Reglamento, como las normas más complejas que lo han secundado, no pretende hacer una regulación general de la libertad de empresa en los diferentes sectores sino establecer limitaciones (sometimiento a autorización) e imponer deberes y obligaciones (distancias, depuración de residuos, vertidos, etc.) a las industrias que reunieran las condiciones específicas establecidas en el mismo.

— Por lo que se refiere a las regulaciones de carácter social, que también tienen una eficacia horizontal e imponen deberes y obligaciones en el ejercicio de derechos de muy variada clase, pueden destacarse las concernientes a la no discriminación de personas con discapacidad. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, previene de modo expreso en su artículo 2.f) que las políticas en materia de discapacidad son transversales y, por tanto, afectan con carácter general a muchas actuaciones de las Administraciones públicas y de las empresas. Y su artículo 3 concreta la transversalidad indicando que se extiende a los siguientes ámbitos: telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; relaciones con las Administraciones públicas. Arbitra, para ser aplicados en todos estos ámbitos, medidas contra la discriminación que suponen deberes y obligaciones para otros ciudadanos y empresas, a los que se imponen exigencias de accesibilidad de los entornos, productos y servicios, medidas de «ajuste razonable», que imponen adaptaciones que no supongan cargas desproporcionadas para facilitar la accesibilidad y participación de las personas con discapacidad [artículo 7, apartados b) y c)], etc. Sus disposiciones adicionales y finales establecen plazos concretos en los que los diferentes deberes y obligaciones que la Ley impone deben ser cumplidos, en todos los ámbitos de aplicación de la Ley, antes referidos.

**394.**  
*Transversalidad  
de la legislación  
sobre no  
discriminación  
en materia  
de discapacidad.*

### C) El régimen estatutario de los derechos

La delimitación del contenido de los derechos puede consistir en declarar las facultades que comprenden de un modo más o menos extenso, o, simplemente, no proceder a ninguna regulación remitiéndose a los contenidos básicos que se consideren intrínsecos de cada derecho cuando la Constitución lo proclama. Lo mismo ocurre con las

limitaciones, deberes y obligaciones, que no tienen por qué formar un catálogo completo que delimite el ámbito lícito de ejercicio del derecho, sino que pueden formularse como restricciones específicas entendiéndose que todo lo demás entra dentro de las facultades del titular del derecho. Este tipo de intervenciones regulatorias son las que acabamos de estudiar en el apartado anterior. Sin embargo, también se producen regulaciones de los derechos mucho más intensas en cuanto que el legislador y, por remisión del mismo, los reglamentos y planes administrativos definen de modo completo el cuadro de facultades, deberes y obligaciones que cada derecho comporta. En estos casos se entiende que el contenido del derecho depende de la determinación del legislador, que puede modelarlo, conservando su contenido esencial, como entienda más acomodado a los intereses generales. Cuando la regulación se orienta de esta manera, se califica el régimen de los derechos como estatutario. Son objeto de una regulación intensa, que es diferente dependiendo del objeto sobre el que el derecho recae o la actividad que se pretenda emprender.

Esta técnica regulatoria se ha aplicado primero a los derechos de propiedad, especialmente a la propiedad urbana, pero se ha extendido rápidamente, desde finales del siglo xx, a la libertad de empresa.

a) *El caso de la propiedad del suelo y otros derechos de propiedad*

Ninguna otra legislación sectorial ofrece, probablemente, mejor ejemplo de cómo se produce la delimitación legal de los derechos y la concreción y desarrollo de las determinaciones legales mediante el ejercicio de otras potestades de las Administraciones públicas competentes, a las que el legislador se remite, que la reguladora del suelo.

— La concepción de la propiedad privada que se instaló en el Código Civil es la que luce todavía en su artículo 348: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Seguidamente prescribe el precepto que nadie puede ser privado de su propiedad sino por una causa justificada de utilidad pública. Esta regulación es directamente tributaria de las ideas liberales sobre la propiedad, que la establecieron en el centro del sistema económico proclamando su condición de derecho «inviolable y sagrado» (artículo 17 de la Declaración de Derechos de 1789). Además, el derecho de propiedad se configura como un derecho abstracto cuyo contenido no difiere, cualquiera que sea el objeto sobre el que recaiga (muebles o inmuebles, predios rústicos o urbanos, etc.).

**395.**

*Limitaciones y deberes específicos y las regulaciones estatutarias.*

**396.**

*La propiedad en el CC.*

**397.***La función social.*

— Esta concepción de la propiedad ha sido abandonada por los textos constitucionales del siglo xx que, como ya hemos tenido ocasión de examinar, consideran que la propiedad no solo es un derecho subjetivo a usar, disfrutar y disponer de las cosas sobre las que recae, sino que tiene también una vertiente objetiva que exige tener en cuenta la función social que la propiedad ha de cumplir y que, en nuestra Constitución, se invoca expresamente en el artículo 33.

— Considerando esta doble vertiente del derecho, el legislador no actúa sobre él estableciendo limitaciones a las facultades de los propietarios, sino, justamente, definiéndolas o concretándolas, fijando su contenido, que no existe propiamente antes de que el legislador (y, por indicación suya, las normas administrativas de planeamiento) intervenga. La STC 37/1987, de 26 de marzo, después de subrayar que el derecho de propiedad tiene una vertiente individual y también otra objetiva en la que se integran la necesaria atención a «valores o intereses de la colectividad», es decir, a la «finalidad o utilidad social» que cada clase de bien tiene que cumplir, se refirió al caso concreto de la propiedad urbana, indicando cuál era la función que cumplían las leyes que la regulan: las «leyes de ordenación están muy lejos de establecer solo, como los recurrentes pretenden, "medidas de policía concretas", respetando, como regulación ajena, la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales, sino, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo desde el punto de vista de la ordenación del territorio». El mismo criterio en las SSTC 139/1991 y 89/1994.

**398.***No se regula mediante medidas de limitación específicas, sino fijando el contenido.*

— La ley y los instrumentos normativos del planeamiento configuran el derecho, establecen las reglas por las que se rige, las facultades que comprende y los deberes, obligaciones y cargas que soporta, así como las limitaciones que se le imponen. Se dice, en este sentido, que el derecho de propiedad urbana es un derecho estatutario (la primera indicación en este sentido, en el preámbulo de la Ley del Suelo de 1956: «La ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos según su calificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo, según su situación y destino») en cuanto que cuenta con un complejo de reglas propias, distintas de las que rigen otros derechos, para la determinación de su contenido y régimen jurídico de su ejercicio. Los artículos 76 y 87.1 del viejo Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, que se ha mantenido muchos años vigente como último eslabón de una legislación en la materia que procede de la Ley

**399.***Derecho estatutario: significado.*

de 1956, resaltaban esta concepción estatutaria de la propiedad urbana y la concreción de su contenido a través de las leyes y los planes. Decía el primer precepto que «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios». Y el segundo precepto aclaraba con cierto espíritu docente: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal del derecho de propiedad según su calificación urbanística». Actualmente, el artículo 7.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que «El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». El contenido del derecho de propiedad es *propter rem*, de modo que es indiferente quién sea, en cada momento, el titular del dominio; dice, a este respecto, el artículo 19.1 TRLS que «la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma».

— La primera limitación que define el contenido normal del derecho de propiedad es que los propietarios de suelo no tienen la facultad de dividir, segregar o parcelar, a los efectos del aprovechamiento urbanístico. Estas operaciones las prohíbe expresamente el artículo 17, remitiéndose no solo a lo que establezcan los planes sino también a la necesidad de observar que las fincas resultantes respeten las superficies mínimas que establece la legislación agrícola o urbanística. Se encomienda especialmente a notarios y registradores la vigilancia del cumplimiento de estas limitaciones.

— El contenido del derecho de propiedad urbana lo determinan, por tanto, la ley y los planes. De lo que se sigue que la facultad de edificar no es inherente al derecho de propiedad, sino que su cuantía y calidad se determina en los planes, y su adquisición se somete además al cumplimiento de cargas y obligaciones diversas. El párrafo inicial del apartado 2 del artículo 7 TRLS de 2008 es manifiestamente claro: «La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo». Es necesario distinguir, por tanto, entre el dere-

**400.**

*La definición del contenido normal del derecho.*

**401.**

*Propter rem.*

**402.**

*División, segregación, parcelación.*

**403.**

*Derecho a edificar, derecho a lo edificado.*

cho a edificar y el derecho a lo edificado. El derecho a edificar puede ejercitarse en la medida en que el plan lo permite y que no se ha modificado. El derecho a lo edificado se produce cuando se ejecuta la edificación y, además, se cumplen las obligaciones y levantan las cargas que imponen la legislación y los planes. El artículo 7.2, en su segundo inciso, dice al respecto: «La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». El derecho a la edificación se hace efectivo una vez que se ha otorgado la licencia urbanística, y, a partir de entonces, cualquier modificación de su contenido sí genera un derecho a indemnización.

**404.**  
*Facultades.*

— La legislación urbanística, por tanto, concreta el contenido del derecho de la propiedad del suelo, asignando, por una parte, las «facultades» de uso, disfrute y explotación del mismo que corresponden a su titular y que dependen del estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, y, por otro lado, especificando los «deberes y cargas» que deben cumplir y levantar los titulares del derecho. Las facultades las relaciona el artículo 8 TRLS, y los deberes y cargas el artículo 9. Entre las primeras, realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo, edificar y participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización. Entre los segundos, el deber de dedicar los terrenos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística, conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles. En suelo rural, el deber de costear y ejecutar las obras y trabajos necesarios para conservar el suelo y su masa vegetal en el estado legalmente exigible o para restaurar dicho estado; satisfacer las prestaciones patrimoniales para legitimar usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria, etc. La Ley desgrana, a lo largo de su articulado, los diferentes deberes que corresponden a los propietarios en todo el proceso de transformación del suelo cuando ha de ser objeto de un aprovechamiento urbanístico ordenado por los planes. Especialmente, en este proceso de transformación, los deberes de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención, entregar el suelo libre de cargas que la Ley determina con destino a patrimonio público del suelo, costear las obras de urbanización y entregar a la Administración las obras e infraestructuras que comprende, etc. (artículo 16 TRLS).

**405.**  
*Deberes y cargas.*

— Las facultades del derecho de propiedad del suelo, es decir, su uso, disfrute, explotación y disposición, alcanzan también al vuelo y al subsuelo, pero de nuevo en los términos en que fijan las leyes y los instrumentos de planeamiento. El artículo 8.2 TRLS indica a este respecto que «solo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiere la protección del dominio público» podrán ejercerse tales facultades.

— Toda la extensa relación de deberes y obligaciones que se imponen, a través de elementos legales y administrativos, a los propietarios de suelo, forman parte del contenido normal del derecho de propiedad, junto a las facultades que se les atribuyen, como venimos insistiendo en subrayar. Por tanto, los supuestos en que las limitaciones generan un derecho a indemnización son, en el marco estatutario del derecho de propiedad, muy limitados. Actualmente los enuncia el artículo 35 TRLS de 2008, concretándolos en los siguientes: a) la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, cuando se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos estos, si la ejecución no se hubiera llevado a efecto por causas imputables a la Administración; b) las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa; c) la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística; d) la anulación de los mismos títulos, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente; e) la ocupación de terrenos destinados a dotaciones públicas, por el período de tiempo que medie desde la ocupación hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se adjudiquen al propietario otros de valor equivalente.

Aunque seguramente de un modo más incompleto y menos sistemático que el cuadro que acabamos de exponer establecido por la legislación del suelo, también las regulaciones de otros derechos de propiedad utilizan formulaciones parecidas. Sobre todo en cuanto que también concretan en un estatuto particular de cada clase de propiedad las facultades, deberes y obligaciones de sus titulares. Así resulta, en general, en relación con la propiedad forestal, donde el principio

**406.***Vuelo y subsuelo.***407.***Supuestos indemnizables.***408.***Montes.*

de la función social de la propiedad se expresa con semejante contundencia a la que utiliza la legislación del suelo. El artículo 4 de la Ley de Montes 43/2003, de 11 de noviembre, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril, establece que: «Los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales, como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico, de fijación del carbono atmosférico, de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje». De esta declaración deriva luego la previsión de una planificación pública vinculante que afecta a toda clase de montes y, especialmente, a los que tienen carácter «protector», y se imponen a los propietarios obligaciones y deberes que afectan a la gestión de los mismos y a su utilización y destino. Una regulación más intensa se aplica a los espacios naturales protegidos, especialmente a los integrados en la red nacional de parques nacionales, regulada por la Ley 3/2007, de 3 de abril, donde se emplean también instrumentos de planificación que determinan los derechos y obligaciones que afectan a la propiedad.

**409.**

*Espacios naturales.*

Asimismo, es intensa la regulación que se contiene del derecho de propiedad en la Ley de patrimonio histórico-artístico, con la aplicación de un variado repertorio de técnicas administrativas de intervención que afectan de modo diferente a los monumentos, jardines históricos, conjuntos y sitios históricos, zonas arqueológicas, obras pictóricas y escultóricas, patrimonio arqueológico, etnográfico, documental y bibliográfico, siempre con la finalidad de preservarlos y evitar acciones que perturben «el cumplimiento de su función social» (artículo 4 LPHE 16/1985, de 25 de junio). La declaración de un bien como de interés cultural (BIC) determina una intensificación de las limitaciones que afectan a su utilización y al control administrativo sobre su protección y conservación.

**410.**

*Patrimonio histórico.*

b) *El régimen estatutario de la libertad de empresa*

La misma evolución que ha experimentado el derecho de propiedad, desde su concepción liberal (en la que, partiendo del reconocimiento de las facultades de libre uso y disposición de sus titulares, se establecen limitaciones o restricciones justificadas en razones de interés general, concepción que es la que todavía luce en el Código Civil), hasta llegar a la configuración estatutaria del mismo, de la que acabamos de tratar en el apartado anterior, que implica que el contenido entero del derecho de propiedad depende esencialmente de regulaciones legislativas que

determinan las facultades de los propietarios y los deberes, obligaciones y límites a que el ejercicio del derecho está sometido, se ha producido con relación a la libertad de empresa. Del mismo modo que el derecho de propiedad, constitucionalmente reconocido pero también condicionado por la necesaria observancia de su función social, no tiene un contenido uniforme sino que depende del objeto sobre el que recae, y es el legislador el que define su contenido y límites, tampoco la libertad de empresa tiene un contenido igual dependiendo del sector en que se ejercite sino que la delimitación del derecho, con atribución específica de facultades, deberes, obligaciones de cada empresa, depende de determinaciones del legislador. Puede decirse, por tanto, que también la libertad de empresa, cuando se ejercita en sectores intensamente regulados, tiene carácter estatutario.

Esta es una observación que, hasta donde nos consta, no ha sido hecha por la doctrina, pero resulta de todo punto evidente. El carácter estatutario de la libertad de empresa se presenta de modo más manifiesto en sectores liberalizados y privatizados, pero en los que se desarrollan actividades que siguen siendo de utilidad pública o interés general: telecomunicaciones, sector energético, transporte ferroviario, servicios postales, audiovisual, etc. La actividad privada en dichos sectores, cuando tenían la calificación legal de servicios públicos de titularidad estatal, solo era posible si las empresas contaban con títulos habilitantes que les permitían actuar como gestores de dichos servicios en el marco, normalmente, de contratos de concesión. La relación jurídica que quedaba trabada entre el titular del servicio y el gestor determinaba los derechos y obligaciones de este asegurando la perfecta compatibilidad de su actividad empresarial con los intereses generales. La retirada del Estado, en relación con la titularidad de dichos servicios, ha sido sustituida, como venimos diciendo con insistencia a lo largo de este capítulo, por la atribución al mismo de funciones de regulación y garantía de que los intereses generales y los derechos de los usuarios no van a resultar desatendidos por las empresas que actúan en esos sectores económicos en régimen de libre competencia.

La función de regulación y garantía determina que, mientras más relevancia pública tiene un sector económico, más intensa es la intervención legislativa y administrativa en lo que concierne a la determinación del contenido de la libertad de empresa, fijándose de modo más pormenorizado las condiciones de acceso de las empresas privadas, el otorgamiento de los títulos habilitantes correspondientes, los derechos y obligaciones de las empresas, de manera que el contenido del derecho de libertad de empresa establecido en un marco normativo

**411.**

*Paralelismo de la evolución del derecho de propiedad y la libertad de empresa.*

**412.**

*Definición estatutaria de la libertad en los sectores económicos de utilidad pública.*

**413.**

*Estatutos de la libertad que difieren por sectores.*



de naturaleza estatutaria que no es repetible, sino que difiere dependiendo del sector en el que aquella libertad pretenda ejercerse.

**414.**  
*Ejemplos.*

Los estatutos de la libertad de empresa figuran, pues, en la legislación reguladora de cada sector económico. La fórmula de la asignación de un carácter estatutario a esta libertad, como antes se hizo con algunas formas de propiedad, tiene más presencia en los sectores que en algún momento histórico fueron servicios públicos de titularidad de las Administraciones públicas. Sin embargo, no es exclusiva de estos sectores. En nuestra tradición legislativa también han existido sectores privados fuertemente regulados, porque se desarrollaban en ellos actividades de utilidad pública, y que nunca fueron considerados por completo servicios de titularidad pública. Puede citarse el caso de la banca privada o de las empresas de distribución y suministro eléctrico.

El carácter estatutario de las regulaciones de la libertad de empresa puede encontrarse, por ejemplo, en los siguientes sectores:

**415.**  
*Sector crediticio.*

— Sector crediticio: tanto los Bancos como las Cajas de Ahorro son establecimientos (los primeros con naturaleza de empresas mercantiles; las segundas, de fundaciones) sometidos durante toda su existencia a una fuerte intervención del regulador, el Banco de España, de cuyas decisiones depende la obtención de los títulos habilitantes precisos para ejercer la actividad, la determinación exacta de las obligaciones y deberes que han de cumplir en cuanto a su capital, dotaciones, coeficiente de garantía, riesgos; están sometidos igualmente a una fuerte supervisión y vigilancia, el cumplimiento de sus obligaciones se asegura atribuyendo al regulador una potestad sancionadora muy extensa para reprimir las infracciones contempladas en la legislación reguladora. Incluso la reestructuración del sector, las fusiones de empresas, sus transmisiones, etc., están sometidas a supervisión. Sin ninguna duda, las características de la libertad de empresa en el sector crediticio son singulares y están definidas estatutariamente.

**416.**  
*Transportes terrestres.*

— Sector de los transportes: la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres también establece el contenido de la libertad de empresa cuando se pretende el ejercicio del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo. La Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987, define las condiciones previas de carácter personal que son necesarias para el ejercicio de la actividad (artículos 42 y siguientes), los títulos administrativos habilitantes que son precisos y los requisitos precisos para ejercerla (artículos 47 a 56), las condiciones específicas de las empresas que prestan el

servicio de transporte por carretera (artículos 62 y siguientes), cualquiera que sea su especialización, o los transportes públicos discrecionales de viajeros y mercancías, etc.

— En el sector ferroviario, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, establece una definición de empresa ferroviaria en su artículo 43 («aquellas entidades, titulares de una licencia de empresa ferroviaria, cuya actividad principal consiste en prestar servicio de transporte de viajeros o mercancías por ferrocarril, en los términos establecidos en esta Ley»), y es la ley la que determina los requisitos para poder operar como empresa ferroviaria, los títulos habilitantes y sus requisitos, la capacidad financiera de las empresas, la competencia profesional de sus trabajadores, los deberes, las amplias potestades del regulador para intervenir en la prestación de los servicios de transporte ferroviario, etc. (artículos 44 a 54); asimismo, la inscripción en el Registro especial (artículo 55), cumplimiento de obligaciones en materia de seguridad (artículos 56 y siguientes), con la atribución final al regulador de unas amplias potestades de inspección y sanción (artículos 85 y siguientes).

— En el sector de las telecomunicaciones, la declaración de los servicios correspondientes, aunque se prestan ordinariamente en régimen de libre competencia, como servicios de interés general (artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003), supone que las actividades empresariales tienen que acomodarse a la intensa regulación de su contenido que fija la Ley y, por determinación de la misma, la Administración reguladora correspondiente. La Ley delimita los contenidos de la libertad de empresa en este ámbito, comprometiendo que la libre competencia de las empresas no suponga ningún demérito para la satisfacción de finalidades de utilidad pública y de las necesidades y derechos de los usuarios. De este modo, se regulan los requisitos para explotar redes y servicios, se obliga a las empresas a registrarse en el Registro de operadores, se fijan las condiciones para la prestación de los servicios o la explotación de redes de comunicación, se imponen a las empresas intensas obligaciones de información (artículos 5 a 10). Se imponen obligaciones y servidumbres en el marco de los deberes de facilitar el acceso a las redes (artículos 11 y siguientes), se habilita la imposición de obligaciones de servicio público (artículos 20 y siguientes), se somete a las empresas a deberes estrictos concernientes al secreto de comunicaciones y protección de datos (artículos 33 y siguientes), etc., además de atribuir al regulador, como es ordinario en este tipo de normas, amplias facultades de inspección y sanción (artículos 50 a 58).

**417.**  
*Empresas en el  
ferroviarias.*

**418.**  
*Empresas en el  
sector de las  
telecomuni-  
caciones.*

**419.**  
Sectorés  
energéticos.

— El ejercicio de la libertad de empresa en los sectores energéticos está igualmente sometido a la obtención de los correspondientes títulos habilitantes y al cumplimiento de los deberes y obligaciones que establecen la Ley del Sector Eléctrico y la Ley de Hidrocarburos.

**420.**  
Libertad de  
empresa  
audiovisual.

— El sector audiovisual, a pesar de que en él concurre no solo la libertad de empresa sino también el ejercicio de las libertades de comunicación e información que consagra el artículo 20 CE, también resulta pormenorizadamente definida en cuanto a su contenido por las disposiciones de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

### 3. EN PARTICULAR, AUTORIZACIONES, COMUNICACIONES Y DECLARACIONES RESPONSABLES

#### A) El régimen jurídico tradicional de las autorizaciones y sus transformaciones

**421.**  
Objeto y  
significado.

La autorización es el instrumento jurídico más característico de que disponen las Administraciones públicas para verificar preventivamente que una determinada actividad, que los ciudadanos pretenden desarrollar, se adecua a la legalidad. Dentro de la fórmula genérica de la autorización se reúnen, con diferentes denominaciones técnicas que tienen un significado parejo, como los permisos, licencias, visados, habilitaciones, etc. Todas estas denominaciones las utiliza la legislación vigente, aunque su régimen no difiere en lo esencial.

**422.**  
Ámbito.

La actividad que pretende desarrollar el particular que se somete a autorización previa puede consistir en la utilización del dominio público o de suelo de propiedad privada, establecer industrias, conducir vehículos, llevar a cabo determinadas inversiones, actuar en mercados regulados, ser inscrito en registros especiales, etc.

**423.**  
O. MAYER:  
restablecimiento de  
la libertad.

La significación de estas intervenciones preventivas de la Administración y de los poderes que se ejercitan han constituido un reto recurrente para la doctrina que, desde la obra de O. MAYER, viene preguntándose por la naturaleza de tal institución, sin que hayan cesado, después de más de un siglo, los esfuerzos por explicarla. La cuestión central es, desde el autor citado, si la autorización administrativa levanta un obstáculo que se opone al pleno ejercicio de un derecho o libertad preexistente o, por el contrario, la autorización tiene un carácter constitutivo o declarativo, si se quiere, y permite perfeccionar las facultades que corresponden a los ciudadanos para que las ejerciten en plenitud. O. MAYER, al estudiar la autorización policial o *Polizeierlaubnis*, sostuvo

que su esencia consistía en el levantamiento de una prohibición policial que había sido establecida previamente pero con reserva de autorización, una vez comprobado que el ejercicio del derecho no perjudica al orden público o a los intereses generales. En este sentido, la autorización policial la entiende MAYER como un restablecimiento de la libertad (*Wiederherstellung der Freiheit*).

Una explicación alternativa, que también se convirtió en clásica, fue la que ofreció RANELLETTI en la misma época de MAYER. Este autor italiano trató de explicar las diferencias conceptuales entre autorizaciones y concesiones subrayando que, mientras las segundas crean derechos en favor de los concesionarios, la autorización no es sino una técnica dirigida a la remoción de un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente. Por tanto, existe un derecho subjetivo perfecto, previo a la autorización, cuyo ejercicio está sometido a límites; su levantamiento es confiado por el legislador a la Administración, que debe decidir una vez comprobado que su ejercicio pleno no perjudica los intereses generales.

Estas dos formulaciones clásicas, en diferentes versiones, se difundirían más allá de los Estados de origen y, en general, serían utilizadas con matizaciones desde entonces, es decir, desde finales del siglo XIX (las dos tesis se formularon en los años noventa de dicho siglo) hasta la actualidad. La doctrina italiana, entre la que, en este punto, pueden citarse los estudios de M. S. GIANNINI y A. M. SANDULLI, produjo ulteriormente un amplio abanico de clasificaciones. En general, desde el indicado punto de origen, los estudios sobre las autorizaciones han regresado siempre sobre el problema de la preexistencia o no del derecho que se trata de ejercitar, y de que su régimen jurídico general sea completado con precisiones sobre el tipo de autorizaciones según su ámbito de aplicación, los sujetos o actividades sobre los que recayesen, sus diferencias con las concesiones, el carácter preexistente o no del derecho cuyo ejercicio pretende el administrado, el carácter reglado o discrecional, los procedimientos de otorgamiento, las facultades de supervisión, anulación, revocación, etc.

Las crisis más marcadas de las concepciones tradicionales se han producido al constatar que algunas regulaciones legales de las mismas otorgaban a las Administraciones públicas poderes discrecionales tan amplios que les permitían, indiferentemente, otorgarlas o negarlas o condicionarlas con cargas de todo tipo. Esta circunstancia contribuyó a debilitar la aceptación general de la teoría del derecho subjetivo preexistente. La ruptura se produjo especialmente porque la autorización salió de su ámbito original o, al menos, del que se utilizó más

**424.**

RANELLETTI: remoción de límites.

**425.**

Otras aportaciones sobre la naturaleza de la autorización.

**426.**

Crisis de las concepciones tradicionales.

**427.**

*Autorizaciones creativas o constitutivas y autorizaciones declarativas o simples.*

caracterizadamente durante el siglo XIX (que es la experiencia práctica que tuvieron en cuenta tanto MAYER como RANELLETTI), que fue el orden público, para extenderse a casi todos los campos a que la Administración fue ampliando progresivamente su actividad, tanto de carácter social como económico. Ya A. M. SANDULLI, a mitad del siglo XX, aunque sin apartarse de la doctrina clásica, marcó la diferencia entre dos tipos de autorizaciones: unas que amplían la esfera jurídica del destinatario, entre las cuales señalaba a las licencias, y otras que se limitan a comprobar el cumplimiento de condiciones o a habilitar para el ejercicio de una actividad; mientras que las primeras crean situaciones jurídicas subjetivas, las segundas serían estrictamente los actos de remoción de límites de que trataba la doctrina clásica. También en España la doctrina puso en duda la concepción del derecho preexistente, por las mismas razones de la amplia discrecionalidad que alguna legislación otorgaba a la Administración para autorizar o no determinadas obras o actividades. La excepción a esta libertad exigiría la configuración del régimen de las licencias y autorizaciones como potestades regladas (lo que llegó a proponer, casi en solitario, R. PARADA). En este supuesto sería claro que la autorización opera sobre derechos preexistentes siendo nula la capacidad que el ordenamiento concede a la Administración para configurar su contenido.

**428.**

*Aproximación técnica de la autorización discrecional y las concesiones.*

La configuración de las autorizaciones como decisiones en las que la Administración ostenta una amplia discrecionalidad llevaba como consecuencia una aproximación de las características de la autorización y la concesión. RANELLETTI había pretendido en su exposición que la distinción entre ambas instituciones radicaba precisamente en la preexistencia del derecho en el caso primero, y su reconocimiento *ex novo* en el segundo. Para volver a marcar las diferencias entre concesiones y autorizaciones hubo de destacarse la circunstancia de que las primeras operaran siempre en el marco de servicios o actividades reservados a la Administración, o de bienes de los que es titular. Por tanto, el criterio de la titularidad de la actividad determinaría que, mediante la concesión, la Administración hace una traslación de derechos propios, concernientes a la gestión de un servicio o el uso de un bien, en favor de los administrados.

**429.**

*Debilitamiento de la diferencia entre la concesión y las nuevas técnicas de habilitación.*

Pero también esta diferencia conceptual se ha ido borrando a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en un sistema jurídico de referencia para nosotros como es el francés, se ha hecho manifiesto el desdibujamiento de las características originarias de la concesión. Las Administraciones públicas comenzaron a emplear otras técnicas de habilitación para que los ciudadanos y empresas pudieran encargarse

de la prestación de servicios públicos o actividades de interés general de titularidad administrativa. Se utilizaron, en tal sentido, indistintamente con la concesión, algunas otras figuras como los conciertos, las empresas de capital mixto o las propias autorizaciones administrativas. Por otra parte, las autorizaciones administrativas, como se ha indicado, experimentaron una gran diversificación en pocos años, de forma que se desnaturalizó la institución y era difícil distinguirla de la concesión en muchas de sus aplicaciones.

La legislación francesa que liberó las telecomunicaciones (a partir de las Leyes de 25 de junio de 1996 relativas a la reorganización del sector) abandonó el concepto de concesión y empezó a utilizar, siguiendo la nomenclatura utilizada por la propia Comunidad Europea (que se vio obligada, en este punto, a armonizar las denominaciones tradicionales de los Estados continentales europeos con las utilizadas en el sistema anglosajón), la denominación de «título habilitante». Muchos de los viejos servicios públicos económicos, al liberalizarse, dejaron de ser de titularidad de la Administración, y de aquí que fuera pertinente también abandonar la concesión como elemento de habilitación para el acceso a los mercados correspondientes. El cambio afectó también a las autorizaciones tradicionales porque, en la mayor parte de los mercados liberalizados, aquellas solo podían otorgarse en número limitado, y, en tal caso, era precisa la celebración de concursos en cuya resolución la Administración reguladora se reservaba amplias facultades discrecionales.

La renovación más firme de las categorías clásicas se produjo, por consiguiente, en los dominios de los sectores liberalizados.

## B) Autorizaciones generales y licencias individuales

La Comunidad Europea aprobó una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, el 10 de abril de 1997 (Directiva 97/13/CE) relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Sus principios están definitivamente incorporados a la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

Según estas normas, las técnicas de intervención de las Administraciones públicas para controlar el acceso de los operadores a los mercados de infraestructuras y de servicios se reconducen básicamente a

### 430.

*El genérico «títulos habilitantes».*

### 431.

*Desarrollo en el sector de las telecomunicaciones.*

la autorización, de la cual se conciben dos variantes: la autorización general y la licencia individual.

Una autorización general es, según el artículo 2.1.a) de la primera Directiva citada, «toda autorización... que no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización». Una licencia individual es, de acuerdo con el mismo precepto, «toda autorización concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación». La Directiva regula también algunos procedimientos de obtención de las licencias, en términos que resultan menos interesantes para su exposición en este momento.

**432.**  
*Concepto de autorización general y de licencia individual.*

**433.**  
*Comunicación del inicio de la actividad.*

Las autorizaciones generales consisten, por tanto, en reglamentaciones en las que se establecen de modo general las condiciones para el ejercicio de actividades en un sector concreto regulado. Estas condiciones deben publicarse de una forma que garantice su conocimiento general. Cuando una actividad está sometida a una autorización general no es preciso que los interesados en ejercerla esperen a obtener una decisión expresa de la autoridad administrativa, sino que basta con el compromiso de ejercerla conforme a las condiciones establecidas.

**434.**  
*Verificaciones a posteriori.*

Cuando la empresa beneficiaria de una autorización general no cumple alguna de las condiciones establecidas, la autoridad nacional puede requerirla e imponerle, de modo proporcionado, medidas que garanticen el cumplimiento. Estos procedimientos de constatación de los incumplimientos deben ser contradictorios y requieren la apertura de un trámite de audiencia, así como la motivación de las decisiones finales. Estas deben poder ser recurridas «ante un organismo independiente de la autoridad nacional de reglamentación».

**435.**  
*Ámbito de las licencias individuales.*

Por lo que respecta a las licencias individuales, la Directiva citada determina los casos en que son preceptivas. Se exigen normalmente en supuestos en los que la actividad a desarrollar está limitada por alguna circunstancia o se imponen obligaciones especiales a los que van a ejercerla.

Las licencias individuales se someten a condiciones añadidas a las establecidas para las autorizaciones generales. La Directiva se preocupa

de los procedimientos para la concesión de las licencias individuales, especialmente para garantizar la información, la utilización de procedimientos abiertos, no discriminatorios y transparentes, el establecimiento de plazos razonables para la preparación de la documentación y la adopción de las decisiones por parte de los interesados, etc. También las reglas que deben observarse especialmente cuando se pretenda limitar el número de licencias disponibles para el ejercicio de una actividad. Estas limitaciones deben inspirarse en reglas semejantes de transparencia, proporcionalidad, no discriminación, contradicción, etc. (artículo 10 de la Directiva). Las condiciones impuestas a los licenciarios deben ser estrictamente cumplidas, habilitándose a la autoridad nacional de reglamentación para «retirar, modificar o suspender la licencia individual, o imponer, de forma proporcionada, medidas específicas destinadas a asegurar dicho cumplimiento».

La regulación comunitaria de las autorizaciones generales y licencias individuales en materia de telecomunicaciones supone una renovación importante de los instrumentos jurídicos de intervención administrativa, que se ha generalizado ulteriormente aplicándose a otros sectores liberalizados.

En el caso concreto de las telecomunicaciones, la incorporación de los principios de la Directiva se hizo puntualmente en España por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, luego sustituida por la Ley de 2003. No repetiremos ahora su examen, sino que, sin pretensiones tampoco de desarrollar en este momento la teoría general de las autorizaciones administrativas, dejaré expuestos algunos de los principios más característicos del nuevo régimen jurídico de estas técnicas de intervención.

El régimen de las autorizaciones generales se diferencia sustancialmente del de las licencias individuales porque aquel tiende a excluir toda intervención administrativa previa al inicio de la actividad por el operador. Se trata con esta técnica de eliminar obstáculos administrativos al acceso a los mercados por parte de las empresas interesadas. El regulador establece la reglamentación en la que se especifican los requisitos necesarios para prestar el servicio, y es el operador interesado el que asume las obligaciones y condiciones impuestas en la norma reguladora del servicio. El procedimiento es de autocertificación, ya que es el propio interesado el competente para determinar la concurrencia de las condiciones exigidas. Ello sin perjuicio de que deben notificar la intención de prestar el servicio y aportar al organismo regulador toda la información necesaria. La habilitación para prestar el servicio es ejecutiva a partir de que los datos del titular de la

**436.***Procedimiento de otorgamiento.***437.***Principios.***438.***Regulación en España.***439.***Procedimiento de autocertificación.*



**440.**  
*Habilitación  
inmediata para  
prestar el servicio.*

autorización general se hace constar en el registro especial constituido al efecto, pero no puede demorarse esta inscripción más de veinticuatro días, entendiéndose, en otro caso, que el interesado puede iniciar la prestación del servicio.

**441.**  
*Solicitud de  
licencia.*

Las licencias individuales en cambio se producen en el marco de un expediente administrativo previo, en el que se requiere la acreditación, por parte del interesado, de las condiciones que establecen las reglamentaciones aplicables. Diríamos que el procedimiento de las licencias individuales se corresponde con la tramitación tradicional de las autorizaciones, siempre dependiente de la presentación de una solicitud, de su tramitación en el marco de un expediente administrativo, la apertura a la concurrencia cuando el número de licencias que se puedan otorgar sea limitado y la resolución final por parte del organismo competente.

**442.**  
*Carácter reglado.*

Ordinariamente, las autorizaciones y licencias en materia de telecomunicaciones son regladas. Es decir, si se cumplen las condiciones establecidas en la reglamentación correspondiente por parte del interesado, la entidad reguladora no tiene otra alternativa que conceder la autorización o licencia solicitada.

**443.**  
*Límites de la  
discrecionalidad.*

El carácter reglado de las licencias individuales está muy matizado por la circunstancia de que las normas que establecen las condiciones y requisitos precisos para ejercer la actividad objeto de la licencia están redactadas en términos bastante generales dejando a la Administración que, con ocasión de otorgar la licencia, concrete muchos extremos y, sobre todo, pueda actuar dentro de márgenes bastante amplios. Se introduce por esta vía una inevitable discrecionalidad, que no perjudica el hecho de que, en lo principal, el procedimiento sea reglado. Ampliación de la discrecionalidad que se hace más notoria cuando el número de licencias que pueden otorgarse es limitado y la adjudicación tiene que hacerse en el marco de un concurso en el que, naturalmente, la Administración actuante cuenta con márgenes de discrecionalidad amplios para valorar las ofertas.

Como principio general las licencias y autorizaciones son transmisibles.

**444.**  
*Transmisibili-  
dad.*

El sometimiento a autorización de las transmisiones de autorizaciones y licencias deriva, pese a la simple remisión de la ley a lo establecido en la legislación de contratos, de otras circunstancias vinculadas a la regulación específica de aquellas. Especialmente, porque todas las autorizaciones y licencias están inscritas en los registros especiales constituidos, donde figura el nombre de sus titulares y las condiciones

que estos reúnen. Se privaría de toda eficacia al registro si no quedara constancia puntual de los cambios que pudieran producirse respecto de la identificación del sujeto titular. Cuando se trata de licencias individuales, se han de añadir en el documento concesional referencias a los requisitos personales que tiene que reunir el licenciatario, que son sustanciales porque la consideración de las mismas ha tenido que ser básica para el otorgamiento de la licencia. La sustitución del primer licenciatario por otro, con diferentes condiciones personales, podría desarbolar completamente las garantías establecidas con ocasión del otorgamiento del título habilitante. En fin, las transmisiones de licencias pueden provocar concentraciones y, eventualmente, abusos de la posición dominante en los mercados, de modo que también es necesario examinar estas propuestas de transmisión desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Un elemento importante del régimen jurídico de las licencias y autorizaciones es el concerniente a su revocación.

La revocación de los títulos habilitantes es una herramienta fundamental, quizá la más principal de todas las que tiene a su disposición el regulador para establecer una disciplina adecuada en el sector sometido a su vigilancia, en caso de que las reglamentaciones aplicables a los licenciarios se incumplan. El primer fundamento de la revocación de las licencias es el incumplimiento de las condiciones que justificaron su otorgamiento. En la sistematización general de los supuestos de revocación de licencias que hizo el viejo y prestigioso Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en su artículo 16, la revocación de licencias por incumplimiento de las condiciones a que estuvieron subordinadas es la primera de las causas establecidas. Este fundamento de la revocación lo incorporó la Ley General de Telecomunicaciones de 1978 en el artículo 13 para las autorizaciones generales y en el artículo 19 para las licencias individuales y de aquí ha pasado a la Ley de 2003.

Este mismo régimen de las autorizaciones generales y licencias individuales se ha utilizado, además de en el sector de las telecomunicaciones, que fue pionero, en los demás sectores económicos liberalizados, en los que la legislación ha utilizado tales criterios como un elemento imprescindible de la nueva regulación. Por ejemplo, en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, artículo 23 sobre comunicaciones previas, y artículos 24 y siguientes sobre licencias individuales.

**445.***Revocación.***446.***Aplicación de las mismas técnicas en otros sectores.*

**C) La revisión de la doctrina establecida: la radical restricción de las autorizaciones previas por su carácter obstaculizador de la libertad**

A los cambios derivados de la nueva regulación de los sectores liberalizados, que acaba de resumirse, se han añadido otros, también procedentes del Derecho comunitario, que han puesto en cuestión la compatibilidad de las intervenciones administrativas previas de contenido autorizatorio en muchos casos en que venían aplicándose por los Estados miembros y que se han considerado innecesariamente restrictivas de las libertades que el Tratado CE proclama.

**447.**  
Otras influencias del Derecho comunitario.

**448.**  
Requisitos de las autorizaciones previas: los principios de proporcionalidad y predecibilidad.

Las advertencias en tal sentido han procedido en primera instancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Un buen ejemplo es la Sentencia *Comisión v. Francia*, de 4 de junio de 2002, en la que se resuelve, junto con otras de la misma fecha, el problema de las acciones de oro, que la legislación de dicho país y de otros europeos, con el nuestro incluido, asignaba a los Gobiernos respectivos permitiéndoles ejercer en las empresas privadas poderes de control de diversa clase, entre las cuales el sometimiento a autorización de determinadas decisiones. La Sentencia indica que las autorizaciones previas para la adquisición de acciones solo son compatibles con el Tratado cuando sean proporcionadas al fin perseguido y no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas como pueden ser las declaraciones a posteriori. Cuando se establece un régimen de autorización, añade la Sentencia que «este régimen debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional» (apartado 46). También advierte el Tribunal que las intervenciones administrativas respecto de las transacciones de acciones no son compatibles con el Derecho comunitario porque «el ejercicio del derecho no se halla sujeto, conforme a las disposiciones aplicables, a ninguna condición... No se indica en modo alguno a los inversores interesados las circunstancias específicas y objetivas en que se concederá o denegará una autorización previa. Tal indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73. B del Tratado, por lo que debe considerarse que tal régimen es contrario al principio de seguridad jurídica».

**449.**  
Principio de seguridad jurídica.

La Sentencia *Comisión v. Reino de España*, de 13 de mayo de 2003, consideró incompatibles con el Tratado las regulaciones que habilitaban a la Administración de amplios poderes discrecionales que podían

ejercitarse sin suficiente predeterminación de los supuestos de hecho a los que se referían, de modo que resultaba de las mismas un obstáculo a la libertad de decisión de los empresarios, que no podían examinar con suficiente seguridad las consecuencias de su ejercicio.

Muchas sentencias del Tribunal de Justicia han reiterado la misma doctrina. Otra concerniente a regulaciones españolas es la STJ de 17 de julio de 2008, que se refiere a la compatibilidad con el Derecho comunitario de las atribuciones que reconocía la legislación interna a la Comisión Nacional de la Energía (en particular una denominada «función 14», por el número que ocupa en la relación legal de sus atribuciones, que le permitía adoptar decisiones sobre participaciones en las empresas del sector). Afirma la Sentencia que el régimen de autorización previa no es un instrumento de intervención adecuado porque, analizadas las atribuciones que otorga, resultan, por una parte, excesivas, y, por otra, inadecuadas para los fines que pretende preservar. Además, las habilitaciones de potestades a favor de la Comisión «están redactadas en términos tan generales e imprecisos que supone otorgar a la CNE una facultad discrecional excesivamente amplia y difícilmente controlable por los tribunales». De todo lo cual concluye que la regulación de los instrumentos y medios a utilizar, en relación con la libertad de actuación de las empresas privadas, no debe consistir en autorizaciones previas si son evitables y, además, de establecerse un régimen de autorización, este debe ser objetivo, no discriminatorio y atribuir facultades que se acomoden al principio de proporcionalidad.

Estas valoraciones restrictivas de los regímenes de autorización, absolutamente generalizados en Europa durante el siglo xx, por considerarlos innecesariamente limitativos de las libertades comunitarias cuando pueden utilizarse otros medios alternativos y, en todo caso, generalmente oscuros, habilitantes de potestades excesivamente discrecionales, que permiten a la Administración resoluciones no objetivas e impredecibles, fueron finalmente objeto de una regulación más general en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior. Con el propósito de progresar en la realización del mercado interior y garantizar la plenitud de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, la Directiva se dirige a la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de esas actividades en los Estados miembros. Uno de los obstáculos contra el que la Directiva se dirige primordialmente son las intervenciones administrativas previas o regímenes de autorización, en cualquiera de sus variantes. El párrafo 39 del preámbulo de la Directiva indica expresamente que el concepto «régimen de autorización» debe abarcar,

**450.**

*Límites a la discrecionalidad.*

**451.**

*Las atribuciones no pueden establecerse de modo impreciso o ambiguo.*

**452.**

*Sistematización de los nuevos principios regulatorios de los «regímenes de autorización» en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre.*

entre otros, «los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado como un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o derecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente». Contra estas prácticas se dirigió la Directiva de 2006 citada, con la ambición añadida de simplificar (artículo 5) todos los procedimientos administrativos que se oponen, obstaculizan o retrasan el ejercicio de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios; asimismo, facilitar la tramitación de expedientes (ventanilla única: artículo 6) o mejorar la información de los usuarios e interesados y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información (artículos 7 y 8).

**453.**

*La preferencia de medios alternativos menos restrictivos.*

En relación con el cambio de régimen de las autorizaciones administrativas, que es lo que ahora nos está interesando, se impone la eliminación o supresión como modo normal de intervención, condicionando en términos muy estrictos los supuestos en que cabe mantener un régimen de autorización. El precepto clave es el artículo 9, cuyo apartado 1 establece:

**454.**

*La superación, en principio, de la autorización como medio normal de intervención administrativa.*

«1. Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.»

En el artículo 10 de la Directiva se establecen los criterios que han de usarse, como mínimo, para delimitar la facultad de apreciación de las autoridades administrativas en los supuestos en que pueda lícitamente implantarse un régimen de autorización previa, con el fin de que dicha facultad «no se ejerza de forma arbitraria». El apartado 2 de dicho artículo agrupa los siguientes criterios: a) no ser discriminato-

rios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; g) ser transparentes y accesibles. Además, los párrafos siguientes del mismo precepto añaden otros condicionamientos a las autorizaciones previas, tales como la obligación de evitar solapamientos con requisitos equivalentes o comparables, el carácter general de la autorización, que debe permitir al prestador de servicios acceder a la actividad o ejercerla en la totalidad del territorio nacional (circunstancia que tiene especial trascendencia en los Estados complejos como el nuestro en los que las competencias en materia de prestación de servicios están muy repartidas entre las Autonomías territoriales). La resolución que se adopte respecto de la concesión de la autorización, así como su denegación o retirada, han de ser motivadas y susceptibles de impugnación.

La duración de las autorizaciones tiene que regularse de forma que se permita la renovación automática. Solo se puede limitar el número de autorizaciones cuando lo exija una razón imperiosa de interés general. Solo por la misma razón se puede limitar la duración de la autorización (artículo 11).

En cuanto al procedimiento, el artículo 13 de la Directiva exige que sea regulado de forma que todos los trámites sean claros, se den a conocer con antelación y sean adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud recibirá un trato objetivo e imparcial. Los procedimientos no pueden tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio. Los gastos que ocasionen deben ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización (artículo 13). El solicitante de autorización debe recibir inmediatamente un acuse de recibo en el que se indique el plazo para resolver, las vías de recurso y el sentido del silencio en el caso de que no se resuelva en el plazo establecido (artículo 13.5).

Es importante que también la Directiva impone que se establezca el silencio positivo como regla, en el caso de que el interesado no obtenga respuesta en el plazo establecido para ello; solo cuando concurren razones imperiosas de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros, se pueden hacer excepciones de la regla del silencio positivo (artículo 13.4).

Por último, en cuanto a la regulación de las autorizaciones en la Directiva, son importantes los artículos 14 y 15 donde se contienen las listas, respectivamente, de «requisitos prohibidos» (que se ha dado en

**455.**

*Crterios imperativos de los regímenes de autorización que se mantengan.*

**456.**

*Duración ilimitada.*

**457.**

*Requisitos de procedimiento.*

**458.**

*Silencio positivo como regla.*

**459.**  
«Requisitos  
prohibidos».

denominar «lista negra») y los «requisitos por evaluar» (o «lista gris»). Los requisitos prohibidos son una larga relación de supuestos que en ningún caso pueden utilizarse en los regímenes de autorización para supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (requisitos discriminatorios basados, directa o indirectamente, en la nacionalidad, o consistentes en estar establecido en varios Estados o inscrito en el registro de colegios o asociaciones de varios Estados; limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal y secundario; condiciones de reciprocidad; pruebas económicas consistentes en demostrar una necesidad económica o una demanda de mercado; intervención directa o indirecta de los competidores; obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en territorio nacional; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional, o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio).

**460.**  
Requisitos por  
evaluar.

En cuanto a los requisitos por evaluar, son, por ejemplo, los límites cuantitativos o territoriales, los que imponen al prestador constituirse adoptando una forma jurídica particular, o poseer una cuota determinada de capital de una sociedad; los que prohíben disponer de varios establecimientos u obliguen a tener un número mínimo de empleados, etcétera.

En el caso de los requisitos por evaluar, los Estados miembros deben comprobar que los que existan en su ordenamiento no son discriminatorios, resultan necesarios y también proporcionados. Todo ello con el objetivo de modificarlos, si no reunieran tales condiciones, lo que deben notificar a la Comisión Europea en los términos que la Directiva impone.

**461.**  
Incorporación:  
Leyes 17 y 25/2009.

La Directiva comunitaria fue transpuesta al ordenamiento español mediante dos leyes generales del Estado: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que se limita a incorporar la Directiva sin mayores especificaciones o desarrollos, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes para adaptarlas a las determinaciones de la citada Ley 17/2009.

Es importante hacer notar que, aunque la Directiva de 2006 que venimos analizando pretendió llevar a cabo una armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de autorizaciones previas en relación con las actividades de prestación de servicios, la

circunstancia de que esta materia esté repartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha provocado que también estas aprueben leyes de trasposición de la Directiva a los correspondientes ordenamientos autónomos. Todo lo cual es irreprochable salvo por la circunstancia de que se ha generado una importante diversificación de la que resultarán en la práctica muchas especialidades en la ordenación de las materias a las que la Directiva se refiere. Por ejemplo, entre las normas autonómicas, Ley 3/2009, de 22 de diciembre, de Andalucía; Ley 1/2010, de 27 de abril, de Aragón; Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de Baleares; Ley 1/2010, de 27 de abril, de Cantabria; Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de Castilla-La Mancha; Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Castilla y León; Ley 5/2010, de 26 de marzo, de Cataluña (esta es una Ley de bases de delegación, en la que las bases se fijan por remisión al contenido material de la Directiva); Ley 1/2010, de 11 de febrero, de Galicia; Ley 12/2009, de 11 de diciembre, de Murcia; Leyes Forales 6 y 7/2010, de 6 de abril, de Navarra.

**462.**  
*Legislación autonómica de incorporación de la Directiva de Servicios.*

#### D) Los principios jurídicos que disciplinan el régimen de las autorizaciones

El régimen jurídico de las autorizaciones en nuestro ordenamiento jurídico se ha diversificado como consecuencia de las diferentes regulaciones nuevas que se han descrito en el apartado anterior. Siguen existiendo autorizaciones de policía, concernientes a la tranquilidad, la seguridad y la salubridad ciudadana, cuyo régimen no ha cambiado esencialmente como demuestra, por ejemplo, la legislación sobre todo lo concerniente a espectáculos públicos (con regulaciones pormenorizadas en cada Comunidad Autónoma en la actualidad), el uso de armas (Reglamento de 24 de julio de 1981) o en materia de utilización de vehículos de motor y circulación (Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial —Texto articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, modificado por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre—).

**463.**  
*Diversificación de los tipos de policía.*

Junto a ellas son abundantísimas las normas que mantienen formas de autorización en los sectores de la actividad social y económica más variada, bien sean aprovechamientos de montes (artículo 37 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003), la creación de bancos (Real Decreto de 14 de julio de 1995), o en materia de instalación y funcionamiento de industrias (Ley de Industria de 16 de julio de 1992) u otros semejantes. La generalidad de la doctrina está acorde con la distinción entre autorizaciones simples o por operación, que se refieren, como su

**464.**  
*Regulación económica y social.*



**465.**

*Autorizaciones simples y de funcionamiento.*

nombre indica, a una operación determinada (de importación o exportación, la edificación de un inmueble) y autorizaciones de actividad o funcionamiento que aplican a actividades que se prolongan de modo indefinido en el tiempo (una industria, un banco, un hospital).

Pero la nueva disciplina jurídica de las autorizaciones tiene que inspirarse ahora necesariamente en los principios y valores que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria y han consolidado, en algunos sectores, tanto el legislador comunitario como los estatales.

En nuestro criterio, los principios a los que se acomoda el régimen jurídico de las autorizaciones en la actualidad son los siguientes:

1.º La predeterminación normativa suficiente del contenido de las atribuciones que se confieren a la autoridad administrativa. La regulación de las autorizaciones tiene que hacerse en normas que contengan con suficiente detalle los requisitos que deben cumplir los solicitantes para que el órgano competente las otorgue necesariamente. Las facultades que se atribuyen a dicho órgano competente tienen que haber sido delimitadas con suficiente pormenor en la norma reguladora. Es decir, la densidad normativa de la regulación debe ser suficiente para impedir un ejercicio arbitrario de la potestad. Recogiendo los términos en que esta exigencia viene expresada en la Directiva de 2006, antes analizada, todos los controles previos o equivalentes que se impongan a los prestadores de servicios deben ajustarse a los criterios de no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general, ser claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, ser transparentes y accesibles.

2.º El replanteamiento de la distinción entre autorizaciones regladas y discrecionales. Algún grado último de discrecionalidad puede corresponder a la autoridad administrativa en algunas hipótesis de autorización previa pero, con carácter general, la predeterminación normativa de los límites de su competencia, a que acabamos de referirnos, impone necesariamente una reducción de esa discrecionalidad. De modo particular para las autorizaciones concretas a que se refiere la citada Ley 15/2009, su artículo 6 indica respecto de los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones que «deberán ser de carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación». En términos más generales, y fuera ya del ámbito estricto de las actividades de servicios, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha negado reiteradamente la discrecionalidad en

**467.**

*El carácter reglado de las autorizaciones como principio general.*

materia de autorizaciones. «Un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal», tal y como resulta de la STJ *Canal Satélite Digital*, de 22 de enero de 2002, cuya doctrina, reiterada en otras muchas del Tribunal de Justicia, también recogió nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 10 de diciembre de 2002 y 12 de junio de 2003. Se incluye en estas últimas sentencias una declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado por perjuicios causados como consecuencia de que la norma que incorporó una Directiva incluía requisitos autorizatorios no contemplados en la misma que resultaban innecesarios, injustificados y discriminatorios.

3.º El requisito de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se ha transformado en uno de los más usados por la jurisprudencia y la normativa comunitaria, así como por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, para limitar la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos.

En materia de autorizaciones es, sin duda, uno de los elementos básicos del nuevo régimen jurídico de las mismas. Impone que, para que sea legítimo el sometimiento a autorización de una determinada actividad, es preciso verificar previamente si tal medida es idónea, resulta necesaria y no supone una negación de otra libertad o un perjuicio mayor que el beneficio que se trata de alcanzar.

En los términos concretos a que se refiere el principio de proporcionalidad, la mencionada Ley 1/2009, en su artículo 5.c), para que pueda someterse el acceso de una actividad a un régimen de autorización previa, es necesario que tal régimen «sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad». La jurisprudencia comunitaria ha subrayado en diversas ocasiones que el régimen de autorización previa «debe ser proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, en particular

**468.**

*El papel del principio de proporcionalidad.*

**469.**

*Consecuencias de la aplicación del principio.*

mediante un sistema de declaraciones a posteriori» (Sentencias *Sanz de Lera*, de 14 de diciembre de 1995, y *Comisión v. España*, de 13 de mayo de 2003).

4.º Las decisiones limitativas de los derechos mediante el establecimiento de autorizaciones previas a su ejercicio o estableciendo regulaciones que restrinjan o condicionen la obtención de la autorización, tienen que basarse en «razones imperiosas de interés general». Esta última expresión ha sido progresivamente impuesta por el Derecho comunitario y actualmente es la que utiliza nuestra legislación, muy especialmente en las Leyes 17 y 25/2009 que venimos citando. Pero, considerando que la función constitucional de la Administración es servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103 CE), existe una base constitucional clara para imponer a las Administraciones públicas que cualquier decisión que adopten se acomode a aquellas exigencias. La fórmula «razones imperiosas de interés general» pone un énfasis especial en que las limitaciones se justifiquen debidamente.

**470.**  
«Razones  
imperiosas de  
interés general».

Es importante, para concretar el sentido de esta determinación, recordar que la expresión procede de la abundante jurisprudencia comunitaria dictada sobre los preceptos del Tratado que consagran diversas libertades comunitarias básicas (artículos 49, 52, 56 TFUE). La noción indicada, según la ha construido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, abarca, según explica el apartado 40 de la Directiva de 2006, repetidamente citada, los siguientes ámbitos: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido del artículo 52 TFUE, el mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los consumidores y de los trabajadores, incluida la protección social, bienestar animal, preservación de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la libertad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, y política veterinaria.

**471.**  
Construcción  
jurisprudencial.

Queda al arbitrio de las autoridades nacionales la posibilidad de concretar la concurrencia de razones imperiosas de interés general cuando consideren que es preciso invocarlas para establecer regíme-

nes de autorización. Por ejemplo, la Ley estatal 1/2010, de 1 de marzo, que reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, ha decidido habilitar el sometimiento a autorización administrativa de la instalación de establecimientos comerciales, considerando que la distribución comercial afecta de modo muy importante a «la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico». Pero serán las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 6.4 de la referida Ley, las que regulen el procedimiento de autorización y determinen la autoridad competente para otorgarla. La disposición del legislador sobre la constatación de la existencia de razones imperiosas de interés general también aparece reflejada en el artículo 43 de la Ley 30/1992 después de la modificación establecida por la Ley 29/2009, de 22 de diciembre.

No obstante, esta disponibilidad del legislador tiene que someterse a los criterios que ha establecido reiteradamente la jurisprudencia comunitaria. Resulta de esta jurisprudencia la siguiente doctrina:

— En ausencia de una normativa comunitaria que establezca medidas de armonización, los Estados miembros pueden adoptar medidas de protección del interés general. Pero es preciso que exista una ausencia efectiva de normativa comunitaria (Sentencia *Debauve*, de 18 de marzo de 1980). Si no existen tales normas de armonización, pueden justificarse medidas de protección del interés general consistentes, por ejemplo, en garantizar reglas profesionales (Sentencia *Van Binsbergen*, de 3 de diciembre de 1974), o de protección social de los trabajadores (Sentencia *Webb*, de 17 de diciembre de 1981), o de protección de la propiedad intelectual (Sentencia *Coditel*, de 18 de marzo de 1980), o de protección de los consumidores (Sentencia, *Comisión v. Francia*, de 4 de diciembre de 1986), o de lucha contra el fraude fiscal (Sentencia *ELISA*, de 11 de octubre de 2007). En la exigencia de que las medidas basadas en razones imperiosas de interés general solo puedan adoptarse cuando no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses, han insistido la STJ *Comisión v. España*, de 14 de febrero de 2008, y la STJ *Comisión v. España*, de 17 de julio de 2008. Es a falta de una completa armonización comunitaria cuando los Estados miembros pueden decidir la protección de intereses legítimos. Pero siempre las razones imperiosas de interés general tienen que interpretarse de un modo estricto. Por ejemplo, la seguridad pública «solo puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte al interés general de

**472.**

*Apreciación de la concurrencia de razones imperiosas de interés general.*

**473.**

*Solo procede invocarlas en ausencia de normas comunitarias de armonización.*

**474.**

*Interpretación estricta.*

la sociedad» (Sentencia *Église de Scientologie*, de 14 de marzo de 2000).

**475.**

*Objetivamente  
necesaria.*

— La circunstancia alegada como de interés general ha de ser objetivamente necesaria para protegerlo y no establecerse con la intención de restringir el acceso o ejercicio de dicha actividad económica a los nacionales de otros Estados miembros.

Es imprescindible que la misma protección no pueda ser conseguida con otras medidas menos restrictivas.

**476.**

*Procedimiento:  
principios.*

5.º El procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones tiene que ajustarse también a los principios generales que hemos examinado en el apartado anterior y que, por otra parte, resultan de la aplicación de los principios de la LRJAP. La solicitud tiene que ser inmediatamente recibida por la Administración, que ha de dar cuenta al interesado del plazo para resolver, las consecuencias de la superación del mismo. La tramitación tiene que producirse conforme a reglas claras y con audiencia del interesado. La resolución tiene que ser motivada e indicando a los interesados los recursos de que es susceptible.

Priman durante toda la tramitación los principios de transparencia y celeridad, de los que ya hemos tratado bastante en los apartados anteriores.

**477.**

*Colaboración de  
entidades privadas  
de acreditación.*

Una singularidad importante de los procedimientos para el otorgamiento de algunas clases de autorizaciones es la colaboración de entidades privadas de acreditación que verifiquen el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y certifiquen acerca de esta circunstancia. La Administración competente para resolver retiene la decisión final sobre la autorización, pero puede encomendar a tales entidades de autorización, no solo el control preventivo del cumplimiento de las condiciones legales, sino también la supervisión posterior sobre la adecuación del ejercicio de la actividad a lo acordado al autorizarla. La Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 26 de junio de 2009 ha sido pionera en la incorporación de esta clase de colaboraciones de entidades privadas en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones y licencias.

**478.**

*La aplicación  
del silencio  
positivo.*

6.º El otorgamiento de autorizaciones por silencio positivo. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, aplicando principios de la Directiva 2006/123/CE, transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ha llevado a cabo una modificación del artículo 43 LRJAP, en relación con el silencio administrativo,

del máximo interés ya que ha impuesto con carácter general que el silencio tendrá sentido positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Determina el precepto que: «El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

La nueva redacción del precepto añade al anterior la indicación de que el carácter positivo del silencio solo puede exceptuarse «por razones imperiosas de interés general».

El problema jurídico esencial que este régimen del silencio positivo plantea está en conexión con lo que establece el artículo 62.1.f) LRJAP. Contiene la regla según la cual son nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. La cuestión a resolver radica en si, solicitada una autorización, aunque se carezca radicalmente de las condiciones para obtenerla o la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la legalidad, el transcurso del plazo establecido para resolver produce el efecto inexorable de que se entienda otorgada la autorización por silencio. De ser así, la Administración no podría revocar los efectos del silencio sino utilizando el procedimiento de revisión de oficio establecido en el artículo 102 LRJAP. Alguna jurisprudencia minoritaria así lo ha reconocido. Realmente, es la consecuencia del silencio que, por otra parte, se acomoda al carácter de sanción que los cambios regulatorios pretenden dar al retraso de la Administración en resolver. Se trata de que su indolencia no repercuta en lesiones a los intereses de los ciudadanos, ni tampoco perjudique al interés general.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo más asentada tiene establecido que, frente a las autorizaciones obtenidas por silencio que vulneran gravemente la legalidad y que, por tanto, son nulas en los términos del artículo 62.1.f) LRJAP, no es preciso seguir el procedimiento de revisión de oficio. La doctrina jurisprudencial es que la legalidad impide que se obtengan mediante actos presuntos autorizaciones ilegales. Por tanto, el silencio no opera en estos casos. No se ha producido la autorización presunta y, por tanto, la Administración competente puede declararlo así en cualquier momento (SSTS de 10 de julio de 2006 y 20 de febrero de 2007).

**479.**

*Actos presuntos y  
revisión de oficio.*

**480.**

*No opera el silencio  
ante solicitudes  
ilegales.*

**481.**  
*Duración  
indefinida.*

7.º Las licencias de actividad han de otorgarse con duración indefinida. De modo que son continuamente renovables salvo que se establezcan regulaciones que fijen término de la vigencia de las mismas, pero siempre por razones imperiosas de interés general. Así lo establece, para todo el sector a que se refiere la Directiva de Servicios de 2006, analizada en el apartado anterior. La extensión de esta regla parece obligada, sin embargo, a otras operaciones y actividades sometidas a autorización y licencia, por las mismas razones de claridad y seguridad jurídica en que se fundamenta tal criterio.

**482.**  
*Nuevos motivos de  
apreciación y  
razones imperiosas  
de interés general.*

Este principio afecta a la doctrina hasta ahora establecida sobre la posibilidad de revocar las licencias por simple cambio de motivos de apreciación, tal y como permite el artículo 16 LSCL. Tales cambios de apreciación tienen que ser necesariamente fundados en razones imperiosas de interés general y contar con habilitaciones precisas en la norma que regula cada autorización en concreto. En todo caso, esta clase de revocaciones son de naturaleza expropiatoria y deben dar lugar a las indemnizaciones correspondientes.

**483.**  
*Incumplimiento de  
condiciones.*

En cuanto a las circunstancias que pueden afectar a la vigencia o eficacia de la autorización, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy extensa y reiterada al reconocer que las licencias pierden sus efectos cuando se incumplen las condiciones que la autoridad concedente ha impuesto. Algunas sentencias más antiguas establecieron que cuando las licencias están condicionadas al cumplimiento de algunas prestaciones u obligaciones, el incumplimiento de las mismas opera como una condición resolutoria (así desde una Sentencia de 28 de junio de 1955, cuya doctrina se reitera en las de 26 de abril de 1959 y 23 de mayo de 1961). La jurisprudencia ulterior abandonó, sin embargo, la doctrina de la condición resolutoria, utilizando el principio general de que la Administración puede revocar una autorización condicionada cuando el titular incumple las condiciones impuestas (se aplica directamente el artículo 16.1 del Reglamento de Servicios antes citado. Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1991, de 8 de junio de 1993, de 22 de junio y 12 de julio de 1993, etc.).

Naturalmente, también son posibles las revocaciones de licencias otorgadas erróneamente (sin perjuicio, en este caso, de las responsabilidades en que pueda incurrir la Administración, si el error le resulta imputable).

**484.**  
*Modificaciones.*

Otras potestades administrativas, más debilitadas que las anteriores, que pueden afectar al régimen de las autorizaciones y licencias otorgadas, son las de modificación de las condiciones establecidas ini-

cialmente. La potestad general de modificación corresponde, sin duda, a la Administración cuando esté legalmente habilitada y se justifique en razones objetivas y apoyadas en los intereses generales.

8.º La última y más innovadora característica del régimen de las autorizaciones la ha establecido la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esta Ley se propuso facilitar las libertades económicas básicas de circulación y establecimiento de las personas y de libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, como impone el artículo 139 CE, proclamando diversos principios y reglas conducentes a que las intervenciones administrativas, previas a posteriores, a cualquier actividad empresarial privada, no sean cargas u obstáculos innecesarios o evitables. Uno de estos principios es el «principio de eficacia en todo el territorio nacional» que implica que tendrán dicho alcance territorial, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias. Esta regla se declara de aplicación a las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio a una actividad, para la producción o la puesta en el mercado de un bien, producto o servicio. También se aplica a las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas ante las autoridades competentes, inscripciones y registro e intervenciones análogas (artículos 19 y 20 de la Ley citada).

El principio de eficacia en todo el territorio nacional tiene similitudes, desde luego, con otros de uso corriente en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, como el reconocimiento mutuo de reglamentaciones o decisiones. La diferencia es que el reparto de competencias entre los poderes territoriales, de acuerdo con nuestra Constitución, impide que pueda declararse la eficacia general de una decisión de determinada Administración pública, con competencias territorialmente acotadas, sin que la que sea competente en el territorio en la que va a aplicarse consienta en asumirla y reconocerle los mismos efectos que si se tratara de un acto propio.

### E) Comunicaciones previas y declaraciones responsables

La preferencia por las alternativas a los regímenes de autorización que no impliquen una intervención administrativa previa al inicio de cualquier actividad, enfáticamente proclamada en la reiteradamente

**485.**

*Comunicaciones y  
declaraciones como  
alternativa.*



citada Directiva de 2006, ha elevado al máximo el protagonismo de las dos figuras alternativas a las que dicha norma se refiere: las comunicaciones previas y las declaraciones responsables. La Ley 17/2009, al recoger en el ordenamiento interno los indicados principios de la Directiva, y apoyándose en el principio de proporcionalidad, ha proclamado también que «en ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad».

Así como el estudio del régimen jurídico de la autorización es clásico en la ciencia del Derecho Administrativo, según tenemos comprobado, no puede decirse lo mismo de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, sobre las que apenas existen estudios y, además, hay muy pocas referencias en la propia legislación. No es que las obligaciones de comunicar a la Administración no existieran en nuestro Derecho antes de que la Directiva 2006/123 las pusiera en primer plano. Pero la expansión actual de las mismas, convirtiéndolas en regla general frente a las autorizaciones administrativas, abre un panorama nuevo, en gran medida oscuro y desconocido por la falta de práctica y de reglas jurídicas que lo ordenen.

La legislación que ha incorporado la Directiva de 2006 las prefiere por entender que las autorizaciones previas han generado muchos obstáculos y limitaciones al ejercicio de los derechos. La complejidad de las sociedades actuales y la diversidad de las iniciativas de los ciudadanos imponen a las Administraciones autorizantes contar con equipos idóneos y técnicamente cualificados para analizarlas, medios suficientes para resolverlas con prontitud, y dotaciones preparadas para verificar el cumplimiento de las condiciones a que se somete el otorgamiento de la autorización.

Probablemente todo ello sea incontestable, pero también lo es que las autorizaciones tienen un valor para los ciudadanos que las obtienen que radica en la seguridad jurídica y económica que les proporcionan. El ciudadano o empresa autorizados cuentan, a partir de ese momento, con un título otorgado por la Administración pública que le da la completa seguridad de que puede desarrollar la actividad pretendida sin temor a tachas de legalidad y sin que se le puedan exigir responsabilidades por hacerlo. En cambio, las comunicaciones y declaraciones responsables favorecen la libertad en el sector donde se aplican, agilizándolo su inmediato disfrute. Pero no cabe duda de que la falta de

**486.**

*Escaso estudio de las declaraciones y comunicaciones.*

**487.**

*Razones de la preferencia de las declaraciones ex post.*

**488.**

*Libertad frente a seguridad.*

intervención de la Administración pública sume al administrado en una mayor inseguridad. Ambas instituciones permiten el ejercicio de las actividades privadas solo bajo la responsabilidad del interesado, que es el único que, en principio, tiene la carga de valorar y decidir si la iniciativa que va a poner en marcha se ajusta a la legalidad, y también que la documentación en que se apoya y avala su criterio cumple los requisitos previos consignados en aquella.

Hubiera sido posible, como ha señalado razonablemente F. LÓPEZ MENUDO, que el régimen jurídico de las declaraciones responsables y las comunicaciones previas se hubiera matizado para diferenciar una y otra figura, como puede probarse que ha ocurrido en las pocas regulaciones de dichas técnicas con que contamos en nuestra tradición. Sin embargo, la Directiva de 2006 y la legislación que la ha incorporado y desarrollado ofrecen de ambas figuras una regulación idéntica.

La Ley 17/2009 establece, en su artículo 3, dedicado a las «definiciones» de los conceptos que utiliza, que «declaración responsable» es «el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de su actividad».

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ha modificado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para, entre otros aspectos, incluir un nuevo artículo 71 bis que recoge la misma definición de «declaración responsable» a que se acaba de hacer referencia, y añade, en el apartado 2, la siguiente definición de «comunicación previa»: «Se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1».

Son muy pocas las notas adicionales que la nueva legislación añade para caracterizar las dos técnicas mencionadas. Tampoco resultan de utilidad las diversas referencias a las comunicaciones y a las declaraciones que pueden encontrarse en nuestra legislación histórica o en la vigente. Respecto de las comunicaciones a la Administración, son diversas normas en muy variados sectores las que la han utilizado como una técnica de relación entre la Administración y los ciudadanos referente al ejercicio de derechos o a su control: por ejemplo, en materia de ejercicio de derechos fundamentales o de industria, de disciplina bancaria,

**489.**

*Uniformidad de régimen jurídico.*

**490.**

*Concepto de «declaración responsable».*

**491.**

*Concepto de «comunicación previa».*

**492.**

*Declaración responsable y declaraciones juradas.*

**493.**

*Supuestos en la legislación actual.*

mercado de valores, telecomunicaciones, etc. (respectivamente, Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, artículos 8 y siguientes; Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, artículos 15.4 y 23; Ley 26/1988 —modificada por la Ley 3/1994— de disciplina e intervención de las entidades de crédito, artículos 57 y 58; Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, artículo 41.2; Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que desarrolla el título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, artículo 14.5, etc.). Por lo que concierne a las declaraciones responsables, la tradición respecto de su uso es aún más antigua porque entronca con las viejas «declaraciones juradas» que tienen una larga tradición en todo el Derecho europeo, de la que quedan restos notables en textos legales relevantes como el Reglamento del Notariado de 1944, el Reglamento Hipotecario de 1947 o el Reglamento de la Ley del Registro Civil de 1948 [respectivamente: artículos 280.4.ªd), 459 y 363].

**494.**

*Influencia del régimen comunitario.*

Es evidente, no obstante, que las regulaciones genéricas de ambas figuras, incorporadas al artículo 71 bis LRJAP, no han mantenido ninguna relación de continuidad con otras manifestaciones históricas, sino que proceden en línea recta de imposiciones regulatorias del Derecho comunitario europeo. Una de las consecuencias innovativas de este cruce de la regulación europea con las tradiciones de nuestro ordenamiento ha sido la práctica unificación de ambas instituciones, que parecen ser instrumentos de uso alternativamente indiferente. Lo importante para la Directiva de 2006 y las normas que la han incorporado no es tanto cuál sea el régimen de dichas instituciones, como el aseguramiento de que son alternativas de la autorización previa y, por tanto, permiten el ejercicio de la actividad sin tener que rebasar una intervención preventiva de la Administración.

Las escasas referencias que el nuevo artículo 71 bis LRJAP hace a las declaraciones responsables y comunicaciones previas no permiten, desde luego, la explicación de su régimen jurídico completo, que queda pendiente de muchos datos complementarios.

De lo que establecen el nuevo artículo 71 bis LRJAP y el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley 17/2009, antes citada, resulta lo siguiente:

— Declaraciones responsables y comunicaciones previas no son, como antes hemos indicado, manifestaciones de los interesados muy diferentes en cuanto a su sentido y efectos, aunque son dos formas distintas de trasladar a la Administración la voluntad del administrado y de expresar el cumplimiento de la legalidad. Las primeras se limitan, de acuerdo con la definición que antes se ha transcrito, a una declaración del interesado «bajo su responsabilidad» de que cumple con los

**495.**

*Traslación o no de documentos justificantes a la Administración.*

requisitos establecidos en la normativa aplicable y de que tiene la documentación que lo acredita, nada de lo cual es preciso que entregue a la Administración pero sí que lo tenga disponible. En cambio, la definición de las comunicaciones previas las diferencia porque incluyen una puesta en conocimiento por el interesado a la Administración pública de sus «datos identificativos y demás requisitos exigibles». Por lo que resulta necesario, en este caso, un traslado de la documentación sin que baste la declaración de que se está en posesión de ella.

— Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que determine la legislación correspondiente, cuando las utilice como criterios regulatorios. Pero, con carácter general, permiten el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas. Una vez que se ha iniciado la actividad, la declaración responsable o comunicación previa permiten realizarla por tiempo indefinido, salvo que el número de autorizaciones disponibles sea limitado o se justifique la reducción de la duración en alguna razón imperiosa de interés general (artículo 7.1 de la Ley 17/2009).

— Es posible que las comunicaciones se presenten después de iniciar la actividad, cuando la legislación lo permita. Dejarían de ser, en este caso, «previas».

— La inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento, o la no presentación de la declaración responsable o la comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho.

— En el supuesto anterior es posible, además, exigir responsabilidades penales, civiles o administrativas.

— Podrá limitarse la eficacia de las autorizaciones, de las comunicaciones o de las declaraciones responsables, a una parte del territorio, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, y ello resulte proporcionado y no discriminatorio.

Lo anterior resume la práctica totalidad de los elementos definitivos del régimen jurídico de las dos técnicas relacionales que nos ocupan. Los ciudadanos o las empresas pueden, por tanto, decidirse a ejercer un derecho o a iniciar una actividad con solo comunicarlo o declararlo, pero deben saber que después vendrá la Administración a controlar lo que hacen y si se adecua a la legalidad. La libertad se

**496.**

*Permiten el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.*

**497.**

*Comunicaciones a posteriori.*

**498.**

*Responsabilidades.*

**499.**

*Limitación de la eficacia.*

**500.**

*Control a posteriori y seguridad.*

amplía pero la seguridad se estrecha porque puede que, cuando la Administración verifique si la actividad que se ha iniciado se acomoda a la legalidad vigente, discrepe de la opinión de los declarantes o comunicantes. En el mejor de los casos, no serán infrecuentes los problemas de interpretación de normas que son ordinarios en cualquier decisión aplicativa.

Por ello es reseñable que la LRJAP o cualquier otra norma general no haya regulado ni los procedimientos, ni los contenidos, ni las garantías frente a los actos posteriores de verificación y control. El contraste con el régimen de las autorizaciones previas es llamativo porque a estas impone el legislador, como requisito, que sean regladas, claras, objetivas, imparciales, transparentes, otorgadas conforme a procedimientos conocidos, etc. Será imprescindible trasladar estas exigencias a los controles realizados a posteriori ya que, de no ser así, la inseguridad que generaría el inicio de una actividad sobre la base exclusiva de una declaración o comunicación sería notabilísima. El interesado puede encontrarse con correcciones ulteriores de la Administración que defrauden sus proyectos e intereses económicos. Por esta razón, es también seguro que el ámbito de las comunicaciones previas y declaraciones responsables tiene que ser el de las potestades regladas, porque, en otro caso, la verificación a posteriori por parte de la Administración le dejaría un margen de apreciación contrario a cualquier exigencia de la seguridad jurídica.

La falta de completud de la regulación estatal ha sido, curiosamente, complementada por una fragmentaria legislación autonómica y, sobre todo, a base de previsiones de las ordenanzas locales en materia de autorizaciones y licencias, que han establecido procedimientos de verificación y control muy diferentes. Algunos de ellos consisten en restaurar un control previo indirecto, semejante al que ofrecían las propias autorizaciones, ahora relegadas, y que se sustancia mediante la necesidad de aportar, junto con las comunicaciones o declaraciones, certificados de conformidad expedidos por entidades de acreditación habilitadas por la propia Administración actuante, que requieren, para ser expedidos, la presentación del proyecto y documentación correspondiente por parte del interesado y la comprobación por la entidad de acreditación de que se acomodan a la legalidad.

Con carácter general y en relación con las comunicaciones y declaraciones que se refieren a actividades que pueden afectar al medio ambiente, también la Ley 25/2009 ha establecido la necesidad de que entre la presentación de la comunicación o declaración y el inicio de la actividad medie un período mínimo de tiempo necesario para que la

**501.**  
*Requisitos de los  
controles  
a posteriori.*

**502.**  
*Especificaciones en  
la legislación  
autonómica y local.*

**503.**  
*Control previo al  
inicio de la  
actividad.*

Administración competente verifique que se acomoda a lo exigido por la legislación aplicable (artículos 28 y siguientes). Este tipo de intermediaciones, aunque bastante razonables para impedir que el ejercicio de potestades discrecionales produzca inseguridad respecto de la continuidad de la actividad en los términos que antes hemos explicado, tienden a reintroducir obstáculos a la libertad que es lo que la sustitución de los regímenes de autorización ha pretendido conseguir.

Las comunicaciones previas y declaraciones responsables no son actos administrativos, como se desprende claramente de su regulación, sino del administrado. Por tanto, se pueden dejar sin efectos cuando su contenido es contrario a la legalidad sin necesidad de acudir a los complejos procedimientos de revisión de oficio regulados en el artículo 102 LRJAP o de lesividad del artículo 103 de la misma Ley. Pero es importante que el procedimiento que siga la Administración para ejercer sus potestades de supervisión y control ofrezca las garantías debidas. La Ley 30/1992 ha sido modificada también por la Ley 25/2009 para añadir un nuevo artículo 39 bis en cuyo apartado 2 se dice que «Las Administraciones públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan». También la citada Ley 25/2009 ha modificado el artículo 84 LRBRL para subrayar que el «sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma» es una de las formas de intervención de las entidades locales en la actividad de los ciudadanos. Pero no hay más desarrollos de estas habilitaciones generales.

Desde luego es necesario que el procedimiento a través del cual se ejerzan sea ágil y contradictorio, para que puedan resolverse las controversias que puedan suscitarse aplicando los principios generales establecidos en la legislación en materia de procedimiento. También es preciso que se gradúen los tipos de incumplimientos porque no todos pueden dar lugar a que se ordene la cesación de la actividad (la Ley 17/2009 ha introducido, aunque sin establecer las consecuencias, el concepto de «inexactitudes esenciales», refiriéndose a las comunicaciones que se hacen a la Administración). Y, en fin, ha de fijarse un plazo máximo dentro del cual puedan llevarse a efecto las verificaciones y controles por la Administración, determinantes de la cesación de la actividad o, al menos, se puedan corregir los defectos que, en los términos del artículo 63 LRJAP, darían lugar a la anulabilidad de lo

**504.**

*Procedimiento de verificación.*

actuado, ya que someter de modo continuo y sin límite la actividad de los administrados a una verificación de legalidad podría producir resultados injustos, contrarios a la buena fe, a los intereses de terceros, a la confianza legítima o a la seguridad jurídica (en los términos generales en que alude a estos principios el artículo 106 LRJAP). A menos, claro está, que las ilegalidades en que incurra el interesado sean sobrevenidas; habrá de contarse el plazo para la declaración de la ilegalidad o irreparabilidad desde que esta se produjo.

#### 4. SUPERVISIÓN E INSPECCIÓN

##### A) La regulación de la información

Al referirnos más atrás a las explicaciones ofrecidas por la teoría económica para justificar la regulación, destacamos el énfasis que todas las doctrinas ponen en la información sobre los mercados. Han existido siempre agencias o entidades de regulación cuyas competencias o funciones han quedado constreñidas casi exclusivamente a obtener información de los operadores económicos y a ponerla a disposición de competidores y usuarios de los servicios. Así sigue ocurriendo en la actualidad con algunas agencias reguladoras europeas. Por ejemplo, la Agencia Europea de Medio Ambiente tiene atribuidas por la Decisión de 7 de mayo de 1990, entre otras, las siguientes funciones: proporcionar informaciones a los Estados miembros y a la Comunidad; recoger, evaluar y registrar datos del estado del medio ambiente; fomentar la armonización de los métodos de medidas; promover la integración de las informaciones europeas sobre el medio ambiente...; asegurar la difusión de datos, etc.

Puede creerse que esta es una función con muy poco valor de ordenación si es la única con la que cuenta un organismo regulador, pero si utilizamos este ejemplo es para subrayar que, en todo caso, la función de obtener información e informar es básica e indispensable en cualquier organismo regulador, de modo que hasta los más débiles la poseen en el más alto grado. Sin información es completamente imposible supervisar el mercado y verificar el cumplimiento de las normas, pero también conocer exactamente los costes de las empresas a efectos de la determinación de las tarifas adecuadas y corregir, en general, los fallos del mercado. De aquí que el desarrollo de las agencias reguladoras haya puesto siempre especial énfasis en la importancia de la información como elemento esencial de la intervención en el mercado.

**505.**

*El valor de la información.*

**506.**

*Información para la supervisión.*

En la historia administrativa americana se encuentra una versión más débil de las comisiones de regulación independientes, que también son conocidas como «comisiones de la claridad» («*sunshine commissions*»), porque responden ciertamente al modelo de la «regulación por la información», pretenden la transparencia y la difusión de la información, objetivo que, al inicio del siglo XXI, en el marco de sucesivos escándalos empresariales, ha vuelto a tomar una relevancia primaria.

**507.**  
«Comisiones de claridad».

El ejemplo histórico más destacado es el del *Massachusetts Board of Railroad Commissioners*, creado en 1889. Esta Comisión no tenía función alguna de emitir directrices que la industria del sector estuviera obligada a respetar. Pero su función fundamental era producir informaciones. La Comisión precisaba la forma que deberían revestir las informaciones de las empresas. Por ejemplo, exigía a las compañías de ferrocarril que presentaran los datos contables de un modo estandarizado destinado a facilitar la estadística comparada entre las diferentes compañías.

**508.**  
Producción de informaciones como misión del regulador.

Curiosamente esta actividad reguladora consistente solamente en la obtención y divulgación de la información ganó un enorme prestigio y se mostró más eficaz que otras medidas conminatorias que habían sido utilizadas hasta entonces por los Estados.

En los análisis sobre las funciones de las comisiones reguladoras americanas, no es infrecuente encontrar la afirmación de que aun actualmente las autoridades más eficaces son justamente las que reposan, en alguna medida, sobre el modelo de la «regulación por la información». El mejor ejemplo es la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Su preocupación por la transparencia en las empresas americanas es bien conocida. Sus exigencias comprenden principalmente la publicación de informaciones detalladas sobre las empresas y la divulgación del montante de sus operaciones económicas.

**509.**  
Información y transparencia.

El prestigio de los informes que elaboran las comisiones reguladoras se basa justamente en el crédito que merecen sus integrantes y en su posición de independencia. El *independent analysis* es un instrumento de regulación básico, tanto sea empleado formal como informalmente para influir en el comportamiento de las empresas en el mercado.

## B) La potestad de inspección

Desde un punto de vista jurídico, la cuestión más relevante que plantea la obtención de información es las relaciones que se generan a este propósito entre las agencias y los reguladores, en diferentes sentidos: respecto de los poderes que corresponden a los reguladores para recla-



mar información, los procedimientos para obtenerla, los límites, la difusión de la información obtenida y su utilización en general, etc.

En el modelo norteamericano estas cuestiones han dado lugar, naturalmente, a amplias exposiciones doctrinales y conflictos resueltos por los tribunales.

En dicho sistema el principio general es que la IV Enmienda de la Constitución impone límites al poder de investigación de las agencias así como a cualquier intervención coactiva sobre las empresas, aunque el Tribunal Supremo ha reconocido algunas excepciones a la aplicación de los principios de aquella regla constitucional. En particular, se requiere siempre una autorización para llevar a cabo investigaciones sobre las empresas (la doctrina general en *Marshall v. Barlow's Inc.*, de 1978), pero se puede prescindir de ella cuando la investigación se refiere a una causa criminal o a negocios sometidos a una regulación intensiva y completa.

Estos últimos han dado lugar a una jurisprudencia interesante. Se entiende que, cuando se trata de operadores o negocios intensivamente regulados, el propio esquema de la regulación intensiva establece garantías que pueden considerarse alternativas a las que provee la IV Enmienda. En todo caso, la jurisprudencia ha establecido límites a estas inspecciones continuas sin autorización previa, exigiendo que medie un interés sustancial, que las investigaciones sean necesarias y que los estándares de regulación existentes puedan sustituir las garantías que ofrece el procedimiento de autorización previa (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo *Donovan v. Dewey*, de 1981: se refiere a una regulación intensiva de explotación de canteras; también sobre la innecesariedad de la autorización previa, *New York v. Burger*, de 1987).

Para que la autorización sea otorgada para practicar una inspección administrativa, basta con que la inspección de la agencia sea necesaria para comprobar la observancia de los estándares legislativos o administrativos aplicables a la actividad de la empresa. Existen reglas especiales de mayor protección cuando se trata de inspecciones de domicilios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado una casuística de interés: se pueden hacer inspecciones autorizadas para comprobar la adecuación de las edificaciones a las normas de edificación (*Camara v. Municipal Court*, de 1967) o los domicilios de quienes reciben ayudas gubernamentales (*Wyman v. James*, de 1971), y, desde luego, se pueden inspeccionar sin autorización las casas de procesados sometidos a medidas cautelares y también de los condenados en libertad

### 510.

Investigación:  
necesidad de  
autorizaciones y sus  
excepciones.

### 511.

Requisitos para la  
autorización de  
investigaciones.

### 512.

Inspecciones  
para comprobar  
la adecuación a la  
legislación.

condicional (*Griffin v. Wisconsin*, de 1987). Existen muchas particularidades en la jurisprudencia en relación con las intervenciones concernientes al uso de drogas y de accidentes provocados por esta causa o por la conducción bajo la influencia del alcohol.

Las potestades de investigación de las agencias también se pueden referir a la producción de información y de documentos. La doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reflejada en el *leading case* *United States v. Morton Salt Co.*, de 1950, es que las agencias pueden solicitar de los operadores regulados toda la información y documentos que tengan que ver con asuntos que estén bajo la autoridad de la agencia correspondiente, es decir, dentro de sus competencias, y siempre a condición de que la petición no sea indefinida y sin límites, y también que sea razonablemente relevante. Es disputada la cuestión de si las agencias tienen que respetar los deberes de secreto de los abogados, los médicos o los cónyuges. Respecto de estas situaciones exceptuadas, el Tribunal Supremo rechazó el argumento de que pudiera existir un privilegio basado en la libertad de cátedra que impidiera la revisión de documentos para determinar la existencia de discriminación en la denegación de un puesto determinado a un profesor (*University of Pennsylvania v. EEOC*, de 1990). En fin, también existen reglas especiales para evitar la autoincriminación, que excluye la I Enmienda de la Constitución. Esta garantía no se aplica, por ejemplo, a las corporaciones y otras entidades como los sindicatos y asociaciones; tampoco a las personas naturales que tienen la responsabilidad de la custodia de registros (Sentencias del Tribunal Supremo *Bellis v. United States*, de 1974, y *Braswell v. United States* de 1988), ni a los propietarios de negocios que tienen la obligación de llevar registros en aplicación de una determinada regulación (el *leading case* es *Shapiro v. United States*, de 1948). Si una agencia requiere desvelar información considerada como secreto comercial bajo la legislación del Estado y que esa información sea comunicada a terceros, es decir, destruyendo el valor que tenga como secreto comercial, la *taking clause* de la I Enmienda puede exigir que el Gobierno abone una compensación a la parte cuya información ha sido revelada (*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, de 1984).

Una Ley federal de 1980 (*Paperwork reduction Act*) estableció un procedimiento de revisión, cuya decisión corresponde al *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, de las reclamaciones de información dirigidas por las agencias a los operadores o al público.

**513.**

Reclamación de  
informaciones y  
documentos por los  
reguladores:  
límites.

Partiendo del anterior repaso a una experiencia comparada muy significativa, analizaremos ahora la ordenación de las potestades de inspección en España:

**514.**  
*Generalización  
de las potestades  
de inspección.*

Las potestades de inspección y control sobre las empresas reguladas están configuradas con mucha amplitud en nuestra legislación. En la medida en que fueron creándose comisiones o agencias reguladoras de cada uno de los sectores económicos, se hicieron constar en las normas correspondientes las atribuciones de aquella clase que se les reconocían; así, por ejemplo, la Ley 24/1988, de 28 de julio (modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, artículo 85), sobre potestades para recabar información de empresas y acceder a documentos de todo tipo; la Ley 34/1998, de 7 de octubre, sobre facultades de inspección de la antigua Comisión Nacional de la Energía, o las que reconocía el Reglamento de 6 de diciembre de 1996 a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Además de estas previsiones respecto de órganos con competencias sectoriales, en mercados concretos, también se han dictado normas que atribuyen competencias con alcance horizontal para todos los sectores económicos, como las que contiene la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, o la Ley 15/2007, de 3 de julio, que habilita a la comisión competente con las facultades para recabar de las empresas «toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley» (artículo 39.1).

**515.**  
*Potestades  
de la CNMC.*

La aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de julio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha reordenado estas atribuciones concentrándolas en dicho nuevo organismo que sustituye a la mayor parte de las antiguas comisiones reguladoras sectoriales. Sus artículos 5 y ss. determinan pormenorizadamente, sector por sector, las facultades de supervisión y control que corresponden a la CNMC. Otros preceptos establecen el régimen jurídico de las potestades más características de dicho organismo, entre las cuales las de carácter normativo (circulares) y arbitral, las facultades de inspección, de requerimiento de información y la potestad sancionadora.

**516.**  
*Agentes de la  
autoridad.*

En ejercicio de la facultad de inspección, la Ley reconoce al personal habilitado (que ha de ser personal funcionario de carrera, que tiene además la condición de agente de la autoridad) acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. También verificar los libros registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate; hacer u obtener copias o extractos; retener por un plazo máximo de diez días

los libros y documentos obtenidos; precintar todos los locales, libros y documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección; y, en fin, solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas, explicaciones sobre los hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección (artículo 27 de la Ley 3/2013).

El ejercicio de estas facultades requiere el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial. No obstante lo cual, se proclama la obligación de las empresas y las asociaciones de empresas de someterse a las inspecciones que acuerde el órgano competente. En caso de oposición, la Comisión solicitará la autorización judicial, y si esta implica restricción de derechos fundamentales, se solicitará una decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Los datos e informaciones obtenidas están sometidos al deber de secreto que, de acuerdo con el artículo 43.1 y 42 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, alcanza todos los que formen parte de la tramitación de los expedientes y afecta a la totalidad de los documentos.

Un complemento instrumental de la inspección son los requerimientos de información. Puede formularlos la CNMC y la Ley establece el deber de colaboración de los requeridos. Los requerimientos han de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido. Tienen que contener una exposición detallada y concreta de la información que se solicite, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma.

Como en el caso de los datos y documentos obtenidos directamente en registros e inspecciones, la información obtenida a través de los requerimientos directos estarán amparados por el mismo deber de secreto. Si los datos obtenidos se refieren a materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico, la Ley establece límites severos para su cesión a otros organismos (artículo 28 de Ley 3/2013).

Las facultades de inspección y de obtención de documentación pueden afectar a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, de aquí que, con mucha frecuencia, se generen controversias por la utilización inadecuada de las mismas. Ello ha permitido que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nuestros Tribunales Constitucional y Supremo hayan podido establecer una jurisprudencia bastante rica y consolidada sobre los límites de las indicadas potestades.

**518.***Régimen de las inspecciones.***519.***Protección de datos y secreto.***520.***Requerimientos de información.***521.***Confidencialidad.*

**522.**

*Deber de informar  
y derecho de  
reservar  
información  
inculpatoria.*

La reclamación de información no puede ser objetada utilizando supuestos deberes generales de reserva. En una ocasión importante en la que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de dichos deberes (STC 76/1990, de 26 de abril, en relación con la modificación parcial de la Ley General Tributaria), ha dicho que «no existe un derecho absoluto o incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes». Esta doctrina, con las matizaciones que se quieran, es plenamente aplicable a todas las potestades de obtener información que reconocen las leyes a los diferentes organismos de la Administración.

**523.**

*Entrada en locales.*

Cuando la investigación requiere la entrada en los locales de las empresas, tiene el límite del derecho a la inviolabilidad de domicilio que proclama el artículo 18.2 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia de 23 de abril de 1987, ha destacado la necesidad de que el juez autorice la entrada en los domicilios particulares o en los de las empresas en estos casos. El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recogió luego estas exigencias.

**524.**

*Perspectiva de la  
inviolabilidad del  
domicilio desde la  
jurisprudencia  
comunitaria.*

En el ámbito comunitario europeo (donde las cuestiones que estudiamos tienen ahora una regulación general en el Reglamento 1/2003), las peculiaridades de su organización judicial hacen difícil el cumplimiento directo por los organismos de vigilancia de la libre competencia comunitarios, de las garantías de la inviolabilidad del domicilio establecidas en los ordenamientos internos. A este problema y sus soluciones posibles se ha referido la importante Sentencia *Hoechst*, de 1989 (asuntos acumulados 46/87 y 227/88), estableciendo que cuando sea necesaria la entrada en los domicilios de las empresas se deben seguir las siguientes pautas:

— El derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio personal forma parte de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario.

— No en todos los Estados miembros de la Comunidad dicha garantía de inviolabilidad alcanza al domicilio empresarial o a los locales donde se desarrolla la actividad de las empresas.

— Cuando existan negativas de las empresas a colaborar voluntariamente, la entrada forzosa debe producirse cumpliendo las garantías que establezca la legislación interna.

— Las autoridades internas deben prestar la colaboración necesaria. En todo caso, el Tribunal declara que «corresponde a cada Estado miembro regular las formas en las que se presta la asistencia de las autoridades nacionales a los agentes de la Comisión».

Otro aspecto interesante vinculado a la obtención de información, especialmente en materia de competencia, es la aplicación del derecho a no autoinculparse. Es habitual en las interpretaciones constitucionales sobre los límites del derecho a la no autoincriminación, que se aplique el derecho al silencio solo a las declaraciones, pero no a los documentos.

En el ámbito del Derecho comunitario de la competencia en las destacadas Sentencias *Solvay* y *Orkem*, de 18 de octubre de 1989, el Tribunal de Justicia incorpora el derecho a no declarar contra sí mismo al ámbito del Derecho comunitario. La garantía se construye sobre los principios siguientes:

— Afecta solo a las declaraciones, no a los documentos.

— La Comisión «no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión».

— Esta matización se ha entendido por los comentaristas de la Sentencia en el sentido de que la Comisión puede plantear todas las preguntas que desee sobre los hechos, pero no puede pedir a las empresas una apreciación o valoración de los mismos, que pueda entenderse como una confesión.

La jurisprudencia de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo es sólida y consolidada en lo que respecta a los límites de los requerimientos de información (determinación con precisión de los datos que se solicitan; motivación exacta, razonada y razonable: STS de 20 de octubre de 2014 (1414/2012); proporcionalidad del requerimiento y adecuación a los fines de la inspección: STS de 16 de marzo de 2015 (rec. 297/2012), STS de 27 de febrero de 2015 (rec. 1212/2012).

Por lo que concierne a las potestades de entrada y registro domiciliario, el Tribunal Supremo toma nota de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional (en SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de noviembre; 18/1999, de 22 de febrero), para formar una doctrina propia que se refleja muy exactamente, por ejemplo, en la SSTS, de 10 de diciembre de 2014 (rec. 4324/2011), y de 27 de febrero de 2015 (1292/2012). La

## 525.

*El derecho a no autoinculparse y sus desarrollos en Derecho comunitario.*

posición de la jurisprudencia es que las órdenes de entrada y registros domiciliarios tienen que ser estrictamente motivadas, con indicación de las razones por las que se acuerda una medida de tanta gravedad. Trasladando consideraciones que proceden de registros e investigaciones domiciliarias por razón de delito, también las extiende la jurisprudencia contencioso-administrativa a las investigaciones en materia de competencia u otras de los organismos reguladores. Se exige en consecuencia: a) que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados; b) no debe la incautación hacerse en fraude de las garantías constitucionales pues en tal caso la prueba obtenida sería ilícita; c) la entrada y registro en domicilio tiene que referirse en modo concreto a los hechos que constituyan la infracción; d) la autorización ha de hacerse mediante un examen de proporcionalidad que considere la gravedad de los hechos investigados; e) el registro tiene como finalidad la búsqueda de pruebas de tales hechos; f) la causa justificativa de la entrada y registro es la investigación de la infracción.

Una última manifestación de interés del derecho a no declarar se refiere a la prohibición de que los organismos de la competencia (regla que es aplicable también a cualquier otro organismo regulador), puedan utilizar documentos conseguidos en el seno de un proceso civil, o por otra autoridad reguladora especializada. La regla, en el ámbito del Derecho comunitario, la ha establecido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993, dada en el asunto *Otto BV*.

En algunos sectores del ordenamiento se reconoce el derecho de determinados profesionales a guardar secreto. El artículo 1247 del Código Civil y los artículos 262 y 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan determinados aspectos del secreto profesional, estableciendo excepciones para testificar en el Derecho Civil y para la obligación de denuncia de los delitos públicos en el Derecho Penal. También el artículo 111 de la Ley General Tributaria exime del deber de colaborar a los profesionales respecto de los asuntos amparados por el secreto profesional.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 ha reconocido que el secreto profesional es un límite a las potestades administrativas de investigación («el secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas a los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido por la Constitución... evidentemente, y a fortiori, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre estos hechos»). En el ámbito comunitario, la Sentencia *AM & S*, de 18 de mayo de 1982, también establece que, pese a que no hay un reco-

**526.**

*Secreto profesional.*

**527.**

*Jurisprudencia del TC sobre los límites del secreto profesional.*

nocimiento explícito de este principio del secreto profesional en las normas comunitarias, es una garantía que debe ser reconocida en las actuaciones relativas a la defensa de la competencia. Por esta razón se acepta el derecho de la confidencialidad de la correspondencia entre el abogado y el cliente. Aunque el cliente pueda revelar la documentación. El Tribunal atribuye a la Comisión la facultad de apreciar si está justificada la invocación del derecho a la confidencialidad. En la Sentencia *Hilli*, de 4 de abril de 1990, se extiende el derecho a la confidencialidad a la documentación de las empresas, intercambiada con los abogados, cuando contienen reflexiones o sugerencias facilitadas por el abogado.

Un caso comunitario importante, en el que se establecieron graves consecuencias por quebrantar el deber de secreto es el resuelto por la Sentencia *Stanley Adams*, de 7 de noviembre de 1985, en la que el Tribunal de Justicia condenó a la Comisión a indemnizar al aludido señor Adams porque la falta de diligencia de los organismos comunitarios había permitido que se conociera que este último, empleado de una importante empresa, había formulado una denuncia ante la Comisión que motivó actuaciones de esta en el ámbito del Derecho de la competencia. El hecho de que se conociera el nombre del denunciante le valió al señor Adams una condena penal en Suiza. Y a la Comisión una condena por responsabilidad patrimonial por falta de diligencia en la custodia de datos.

En el asunto *Solvay*, ya citado, resuelto por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, el Tribunal matizó la reserva respecto de los datos confidenciales ponderándolo en relación con el derecho a la reserva de otras empresas participantes en el expediente.

Es bastante habitual en la legislación que contempla la utilización de datos de las empresas, la prohibición de que se empleen para finalidades distintas de las que justificaron su petición. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 16 de julio de 1992, dada en el asunto *Asociación Española de Banca Privada*, aclaró de modo muy expresivo que las informaciones que obtiene la Comisión, como medio de prueba para sus expedientes, no pueden ser remitidas ni utilizadas por otros organismos nacionales de defensa de la competencia, a los que no remite la Comisión dicha información, aunque se la reclamen (también artículo 28.2 de la Ley 3/2013).

Estas reglas son generalizables a todos los organismos que tienen derecho a obtener datos de las empresas, en ejercicio de competen-

**528.**

*Quebrantamiento del secreto por la Administración y responsabilidad.*

**529.**

*Utilización de la información para finalidades distintas de las que justificaron su obtención.*



cias especializadas. El límite a la facultad de disposición de la información obtenida por estos organismos se explica fácilmente porque sus competencias solo se refieren a los expedientes que instruyen, pero no alcanzan la facultad de recabar información para facilitar la instrucción de otros expedientes relativos a materias completamente distintas. También los derechos de defensa se oponen a estas prácticas, como declaró el TEDH en sus Sentencias *Saunders*, de 17 de diciembre de 1996; *Serves*, de 20 de octubre de 1997; *Quinn*, de 3 de mayo de 2001, y *Weh*, de 8 de abril de 2004. Esta doctrina la recoge nuestro TC en la Sentencia 18/2005, de 1 de febrero.

**C) El ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación por entidades colaboradoras de carácter privado**

- a) *La expansión del fenómeno del ejercicio privado de funciones públicas al control, inspección y certificación en diversos sectores regulados*

La colaboración de organismos de base privada, y también de personas físicas, en el ejercicio de funciones públicas, es un fenómeno que se retrotrae a los orígenes de la Administración contemporánea y que ha sido objeto de estudio, más o menos constante, por la doctrina. Es, podría decirse, un clásico del Derecho Administrativo. Pero al mismo tiempo se ha convertido, como ha señalado M. BURGÍ para el caso de Alemania, en «un clásico del moderno Derecho Administrativo»; se debe esta circunstancia a dos motivos principales: primero, que la retirada de las Administraciones públicas de las funciones directas de gestión, e incluso del ejercicio de algunas funciones públicas clásicas, en diversos sectores de interés general, ha permitido la ocupación del espacio por organizaciones de base privada, de manera que la colaboración de estas en el ejercicio de funciones públicas ha resurgido con fuerza y se ha expandido muy rápidamente. Y segundo, que la actividad de las organizaciones de base privada ha cobrado especial relevancia en el ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación, que hasta hace poco eran ejercidas exclusivamente por las Administraciones públicas.

El fenómeno es universal en Europa, y también ha sido reconocido e impulsado por las políticas comunitarias. Comenzó a desarrollarse fundamentalmente en relación con las funciones de control de la seguridad y la calidad industrial, desde los años noventa del siglo pasado, y no ha dejado de ampliar sus dominios desde entonces. Estas tareas,

**530.**  
*Clásica y moderna  
colaboración  
privada.*

**531.**  
*Orígenes  
modernos.*

así como la de verificación del cumplimiento de cualquier norma de carácter público, correspondían en exclusiva a la Administración, que quedaba habilitada para dictar órdenes, expedir certificaciones, efectuar verificaciones y comprobaciones, y, finalmente, aplicar las sanciones procedentes a los infractores.

Estas formas de intervención administrativa no han desaparecido, ciertamente (véase, por ejemplo, el artículo 8.7 de la Ley de Industria de 1992, o lo que resta de regulación en materia de autorizaciones industriales en el Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, de liberalización industrial), pero el peso de la verificación del cumplimiento de lo establecido tanto en las normas obligatorias como en las de asunción voluntaria se ha trasladado en la actualidad hacia organizaciones especializadas en estas tareas, entidades que son de base privada sin perjuicio de que para actuar en los sectores correspondientes tengan que contar con una acreditación obtenida conforme a procedimientos establecidos por la Administración correspondiente. El éxito de estas fórmulas alternativas que dan protagonismo a los organismos privados de certificación o también la apelación a la propia responsabilidad de las empresas operadoras para que sean ellas mismas las que acrediten o certifiquen su adecuación a las normas de seguridad, calidad o medioambientales, ha sido realmente arrasador.

El Real Decreto 800/1987, de 15 de mayo, reconoció entre nosotros la posibilidad de que determinados controles de calidad fueran llevados a cabo por asociaciones o entidades de certificación y que sus conclusiones pudieran surtir efectos en el ámbito de la seguridad industrial. Decía el expreso artículo primero de la mencionada disposición que: «El Ministerio de Industria podrá disponer, en cada caso, que el certificado o marca de conformidad a normas emitido por una asociación o entidad de las previstas en el artículo 5.1 del Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, tenga la misma validez que la homologación concedida por el Ministerio de Industria». Reconocida esta posibilidad, inmediatamente se señalaría a AENOR como la entidad competente para la emisión de la certificación o marca de conformidad a normas, que podría operar en lo sucesivo como alternativa a la homologación de los productos.

El desarrollo de la política europea de «nuevo enfoque», cuya significación ya ha quedado descrita, ha impulsado aún más la aplicación del sistema de certificaciones privadas de conformidad como sustitutivas de las funciones homologadoras y de control ejercitadas antes por la Administración. En aquel ámbito, el control se lleva a término por los denominados «organismos notificados» a los que se autoriza para

**532.**

*Traslación de las tareas de certificación y control a organizaciones especializadas.*

**533.**

*Primer reconocimiento normativo en relación con la seguridad industrial.*

**534.**

*«Nuevo enfoque».*

intervenir llevando a cabo ensayos o controles sobre el producto, o expidiendo certificaciones que acrediten la conformidad del producto con los requisitos establecidos en las Directivas.

**535.**  
«Enfoque global».

El desarrollo de estos principios en la política comunitaria denominada de «enfoque global», que también hemos analizado, ha permitido dar un paso más en la aplicación de los mecanismos autorregulatorios para encomendar al propio fabricante que sea él quien formule la declaración de conformidad del producto e igualmente que le aplique el marcado «CE de conformidad». Pero la declaración del fabricante va acompañada, normalmente, de una certificación de conformidad expedida por un organismo «notificado».

Es importante, como bien se nota, este cambio de orientación porque frente a la lentitud y pesadez burocrática de los procedimientos que tiene que cumplimentar la Administración pública para producir una resolución de homologación, verificación o autorización, la mecánica examinada sustituye todos estos trámites por la autocertificación o la declaración de conformidad del fabricante, que puede operar como garantía suficiente del cumplimiento de las obligaciones o, en su caso, de las normas voluntarias establecidas.

En el marco de este nuevo enfoque, desplazante de alguna de las funciones tradicionales de las Administraciones públicas, la tarea de estas queda reconducida, sobre todo, a la autorización y control de los organismos privados, sean laboratorios, entidades auditoras, de inspección o control u organismos de verificación de cualquier clase, que tendrán la función de supervisar la correcta aplicación en cada sector del sistema explicado. En el Derecho español estas son las entidades que se regulan en el artículo 15 de la Ley de Industria, donde se establecen los requisitos organizativos y de disponibilidad de medios que tienen que cumplir estos organismos de control, que ya hemos explicado en un apartado anterior.

**536.**  
Certificaciones de calidad.

Estas fórmulas de verificación a través de organismos privados se utilizan tanto en el ámbito de las reglamentaciones técnicas obligatorias (operantes fundamentalmente en el ámbito de la seguridad industrial) como en el de las normas técnicas voluntarias (ordinarias en el ámbito de la calidad). También la certificación en este último supuesto requiere la intervención de una tercera parte (laboratorios de ensayo, de calibración o entidades auditoras) que certifican, al término de las pruebas o análisis que sea pertinente realizar, que el producto o servicio se atiene a las normas técnicas previamente establecidas por una entidad u organismo de normalización. El cumplimiento de los requisi-

tos establecidos permite la expedición y uso de marcas de calidad de producto. AENOR tiene aprobadas diferentes marcas de este tipo.

La expansión de estas nuevas fórmulas de control del cumplimiento de normas ha sido inmediata. Proliferan ahora los sectores en los que se descubren sus facilidades y empiezan a ser utilizadas. Muy señalado es el caso de las auditorías ambientales y la gestión ecológica de las empresas. En el plano normativo, ya hemos examinado en un apartado anterior cómo se establecen las reglas a las que tienen que atenerse las empresas que quieran adscribirse voluntariamente al sistema de ecoauditorías y de gestión medioambiental. En la fase aplicativa o de gestión, tanto el Reglamento EMAS, de 19 de marzo de 2001 (modificado por el Reglamento 196/2006, de 3 de febrero), como los Reales Decretos que han desarrollado en España este sistema (Reglamentos de 1995 y 1996), entregan el protagonismo a la autorregulación de la propia empresa.

Según las normas europeas citadas, para que una organización o empresa pueda obtener la acreditación de que participa en el sistema de ecogestión y ecoauditoría comunitario tiene que cumplir los siguientes requisitos fundamentales: realizar un análisis medioambiental de sus actividades, para evaluar todos los aspectos medioambientales de la organización; establecer y mantener al día un sistema de gestión medioambiental que incluye la definición expresa de una política de la empresa en tal sentido y la planificación necesaria para cumplimentarla; el establecimiento de las condiciones y la aplicación de los recursos esenciales, así como los mecanismos de comprobación y corrección sobre el comportamiento ambiental que sean necesarios; realizar o solicitar la realización de auditorías medioambientales a intervalos no superiores a tres años: las auditorías deben controlar las prácticas que pueden tener impacto sobre el medioambiente y evaluar el cumplimiento de la política medioambiental de la organización, esencialmente; todo lo anterior debe servir para preparar una declaración medioambiental con el objetivo de facilitar al público la información respecto del comportamiento medioambiental de la organización y su mejora permanente. Con todos estos requisitos, la declaración medioambiental validada puede ser inscrita en un Registro oficial. El número de registro podrá ser utilizado por la empresa en sus informaciones. Las ventajas publicitarias que esa divulgación pueda reportarle son evidentes, pero la divulgación del contenido de la declaración medioambiental es una obligación de las empresas que quieran participar en el sistema EMAS. La declaración comprende, entre otros extremos, un resumen de sus actividades y de la política medioambiental

**537.**

*Ecoauditorías  
y gestión  
medioambiental.*

**538.**

*Requisitos para  
obtener la  
acreditación  
comunitaria.*

que sigue, la descripción de los objetivos y metas medioambientales, así como la información disponible sobre la adecuación de su comportamiento a tales objetivos; igualmente, debe constar el nombre y número de acreditación del verificador medioambiental que ha intervenido y la fecha de la validación de la declaración efectuada por la organización interesada.

Complemento de estas acreditaciones puede ser el marcado o etiquetado. Ya hemos explicado cómo opera en el ámbito de la normalización industrial. También en la gestión medioambiental se ha ideado el sistema del etiquetado ecológico (a escala europea regulado por el Reglamento del Parlamento y del Consejo de 17 de julio de 2000). Con la etiqueta ecológica se pretende —dice el Reglamento— «promover productos que puedan reducir los efectos ambientales adversos en comparación con otros productos de la misma categoría» lo que «se efectuará proporcionando a los consumidores orientación e información exacta, no engañosa y con base cierta sobre dichos productos» (artículo 1 del Reglamento).

El Reglamento establece los requisitos que tienen que cumplirse para poder exhibir la ecoetiqueta europea y su logotipo (una margarita con una «E» en el centro rodeada por doce pétalos-estrellas), que incorpora una práctica que se había ensayado con más éxito en Estados Unidos y también en Alemania (el «Ángel Azul»).

b) *La aplicación de las técnicas de acreditación y control por entidades privadas al otorgamiento y supervisión de licencias municipales*

La utilización de entidades colaboradoras para el ejercicio de las competencias municipales en materia de otorgamiento de licencias es un ejemplo excelente para explicar la progresión de esta clase de técnicas y su importancia actual. La Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 29 de junio de 2009, por la que se establece el régimen de gestión de control de las licencias urbanísticas de actividades, es una regulación pionera de la máxima importancia que, con seguridad, generará un efecto imitación en otros ayuntamientos de grandes poblaciones y otras Administraciones públicas.

La Ordenanza se funda en la necesidad de incrementar los niveles de celeridad y seguridad jurídica en los procedimientos administrativos, de modo que las solicitudes de licencia que se cursan en el Ayuntamiento de Madrid tengan una respuesta satisfactoria en un plazo adecuado. Las

**539.**

*Etiquetado ecológico.*

**540.**

*La Ordenanza de Madrid de 2009.*

licencias urbanísticas constituyen intervenciones administrativas previas de verificación o control del cumplimiento de la legalidad, a las que han de aplicarse también los principios inspiradores que el Derecho comunitario viene asentando en materia de autorizaciones previas (muchos de los cuales recogidos en la Directiva de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior): deben evitarse las intervenciones previas condicionantes del desarrollo de actividades privadas, reduciéndolas al mínimo y, en todo caso, agilizando su otorgamiento de forma que no se constituyan en obstáculos graves al ejercicio de actividades o impedimentos disuasorios de la actividad económica privada.

La Ordenanza trata de conseguir estos objetivos recurriendo a la colaboración de entidades privadas en la gestión de entidades urbanísticas.

Para poder ejercer las funciones de control, inspección y verificación que se les puede atribuir por el Ayuntamiento, las entidades interesadas han de habilitarse. Se regula, a este respecto, en la Ordenanza, un sistema de acreditación al que pueden concurrir las entidades que deseen colaborar con el Ayuntamiento en el ejercicio de las funciones indicadas. Se establece un procedimiento y se fijan los requisitos que han de cumplirse para poder ser habilitado como entidad de acreditación. Una vez designada como tal, la entidad de acreditación firmará un convenio con el Ayuntamiento de Madrid, donde se recogen todas las circunstancias que exige el artículo 11 de la Ordenanza y que conciernen a su identificación, sus medios, los términos en que se desarrollará la colaboración con el Ayuntamiento, el sistema de responsabilidad de la entidad de acreditación, las fórmulas de resolución de reclamaciones, etc. Una vez obtenida la acreditación, la entidad colaboradora solicitará la autorización al área de gobierno u organismo competente del Ayuntamiento de Madrid. Las entidades colaboradoras, que han de inscribirse en un registro especial del Ayuntamiento, están obligadas a mantener permanentemente los requisitos que sirvieron de base a su autorización, que puede ser objeto de suspensión, cuando concurren determinadas circunstancias, e igualmente puede ser extinguida en diferentes hipótesis de incumplimiento de las condiciones o de infracción muy grave.

La colaboración de las entidades acreditadas se articula en el procedimiento de otorgamiento de licencias (principalmente en el que la Ordenanza denomina procedimiento ordinario, que es aquel en el que las solicitudes de licencia urbanística requieren de proyecto técnico —artículo 37—; se regula también un procedimiento ordinario abreviado —artículo 47 y siguientes— y otro para las licencias de actividad —artículo 52 y siguientes—; las actividades no sometidas a licencia podrán desarrollarse a partir de una comunicación previa del interesado —artículo 56—).

**541.**

*Eficacia, celeridad y seguridad jurídica como objetivos.*

**542.**

*Habilitación como entidad de acreditación.*

**543.**

*Suspensión y extinción de la autorización.*

**544.**

*Participación en el otorgamiento de licencias.*

El interesado en la obtención de la licencia ha de dirigirse a la entidad colaboradora de su elección, debidamente autorizada, presentando los documentos exigidos. En el plazo máximo de dos meses desde la recepción de la documentación, la entidad colaboradora emitirá, si procede, el correspondiente certificado de conformidad, en el que se hará constar la adecuación del proyecto presentado a la legalidad. Si se plantearan objeciones, han de comunicarse al interesado para que las subsane y se acomode a la normativa aplicable. Una vez obtenido el certificado de conformidad, el interesado ha de presentar la solicitud normalizada en los registros municipales o por los medios que procedan ante el órgano competente para otorgar la licencia. En el plazo de cinco días se solicitan los informes que sean precisos (cuando sea exigible una evaluación de impacto ambiental, los plazos se suspenden), que deben emitirse en un plazo igual y, a la vista de los mismos y del certificado de conformidad, se formulará la propuesta de resolución. El plazo máximo para resolver sobre la concesión o denegación de la licencia urbanística será de un mes, a cuyo transcurso se entenderá otorgada la licencia por silencio positivo.

**545.**

*Certificados de conformidad.*

**546.**

*Otorgamiento de licencias.*

Una vez que hayan finalizado las obras, la entidad colaboradora debe emitir un certificado, y los servicios municipales de inspección, acompañados de la entidad colaboradora, realizarán en el plazo de un mes una comprobación final para acreditar que la actividad y las obras han sido realizadas de conformidad con el proyecto y condiciones con que la licencia fue concedida.

**547.**

*Certificación de final de obra e inspección.*

La Ordenanza regula, en los artículos 58 y siguientes, el control periódico de actividades refiriéndose a aquellas que tengan una incidencia ambiental, en la seguridad de las personas, en la afluencia de público o reguladas en la legislación en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas. Esta actividad de control periódico consistirá en la comprobación de la adecuación permanente de las actividades e instalaciones a las normas que en cada momento resulten de aplicación. El control periódico lo lleva a cabo la entidad colaboradora, que emitirá al finalizar sus actuaciones un pormenorizado informe con los contenidos básicos que establece el artículo 61 de la Ordenanza. Si es favorable, el titular podrá continuar desarrollando su actividad. En los supuestos en que la entidad colaboradora apreciara la existencia de incumplimientos de la normativa que resulte de aplicación, lo hará constar en su informe junto con las indicaciones que haga al titular de la actividad para la subsanación de los mismos. Si los incumplimientos fueran susceptibles de provocar un grave riesgo a las personas o los bienes, la entidad colaboradora comunicará al titular de la actividad las medidas preventivas

**548.**

*Control periódico.*

especiales necesarias a fin de evitar dicho riesgo. El Ayuntamiento adoptará las medidas definitivas que sean pertinentes.

La acreditación de entidades colaboradoras y el desarrollo de las actividades indicadas supone indudablemente el ejercicio de funciones de control de la legalidad, de supervisión e inspección, que son funciones públicas inequívocas y que tradicionalmente han sido monopolizadas por las Administraciones públicas. Aunque la Ordenanza insiste en que las resoluciones se reservan en todos los casos al Ayuntamiento, el control de legalidad y la inspección misma requieren el ejercicio de funciones administrativas evidentemente. Los problemas jurídicos principales que plantea esta traslación de atribuciones conciernen al control y supervisión de las entidades colaboradoras, la financiación de su actividad, las reclamaciones contra las decisiones que adopten así como la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen tanto a la Administración con la que se relacionan como a los titulares de actividades que contraten sus servicios o a terceros. Trataremos de ello seguidamente.

c) *El régimen jurídico de las entidades colaboradoras que ejercen funciones públicas de certificación, control e inspección*

No existe en nuestro Derecho ninguna regulación general de las entidades colaboradoras a las que se encomiendan funciones públicas. Pueden encontrarse regulaciones parciales en los sectores en los que actúan, como las concernientes a la seguridad industrial, la calidad medioambiental o el otorgamiento de licencias, según hemos podido comprobar. La situación no es diferente en otros ordenamientos europeos. La misma relevancia tienen en Alemania las denominadas allí *Beliehe*, cuyo protagonismo es creciente en el ejercicio de funciones públicas de control e inspección, y, sin embargo, su régimen jurídico ha debido ser construido por la doctrina sobre la base de las regulaciones sectoriales y algunas aportaciones jurisprudenciales.

Las entidades a las que nos estamos refiriendo ejercen funciones públicas de control o inspección. Esta circunstancia las singulariza en relación con otras organizaciones que colaboran con la Administración en tareas de mera aplicación o ejecución de las leyes, pero sin ejercer ninguna potestad vinculada al poder público. No son funciones legislativas ni jurisdiccionales las que se les confían, pero sí funciones administrativas en las que hay un contenido de autoridad (también aquí en contraste con la prohibición general, repetida en la legislación de contratos —por ejemplo, ahora, artículo 251 LCSP— de que no puede ser

**549.**

*Inexistencia de una regulación general.*

**550.**

*Habilitación legal.*



objeto de contrato el ejercicio de funciones que impliquen autoridad). Pero no estamos ante un fenómeno contractual, sino en la habilitación directa, desde la legislación, del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas.

En efecto, la doctrina, en general, rechaza que la habilitación de las potestades que ejercen las entidades colaboradoras derive de una delegación de la Administración con la que se relacionan, o que sea fruto de una convención o contrato. La traslación de funciones públicas hacia un privado solo puede acordarla el legislador. Es unánime la doctrina comparada, especialmente la alemana que ha estudiado con particular detenimiento las últimas aperturas de la colaboración de los privados en el ejercicio de funciones públicas, en el sentido de que la encomienda de funciones públicas solo puede producirse en una ley o en el marco de una ley. Existe reserva de ley en la definición de los aspectos esenciales de la colaboración. Nótese que de esta va a resultar la encomienda de funciones a una entidad privada, que implican el ejercicio de poderes restrictivos de la libertad como son las funciones de control o inspección. Al ejercerse estas, los particulares quedarán sometidos al deber de suministrar información a los inspectores o aceptar las comprobaciones preventivas o los controles periódicos para los que se les requiera. Y, aún más, podrán ser sancionados, sobre la base de los informes que emitan las entidades de acreditación.

**551.**

*Reservas de ley y atribución de potestades de limitación de derechos.*

Junto a los elementos anteriores, también es característico de las entidades de acreditación tener naturaleza jurídico-privada. Es preciso que sean siempre personas jurídicas, no personas físicas, y que las atribuciones que se les confieren se justifiquen por el alto grado de especialización profesional o técnica que cabe reconocerles. Realmente, una de las razones de la retirada de la Administración pública del ejercicio directo de las funciones de control de riesgos radica justamente en la alta especialización técnica que resulta necesaria para desarrollarlas eficazmente. El sector privado puede aportar estos recursos, que son complementarios de los que la Administración posee, y de aquí el sentido de la colaboración.

**552.**

*Organismos de naturaleza jurídico-privada, altamente especializados.*

La financiación de las entidades colaboradoras de acreditación y control suele establecerse mediante tarifas con cargo a los clientes (los peticionarios de certificaciones o los sometidos a control), que han de ser comunicadas a la Administración con la que se relacionan.

**553.**

*Tarifas.*

**554.**

*Responsabilidad.*

La cuestión de la responsabilidad ha de resolverse de forma que, considerando las importantes funciones que asume, pueda responder tanto ante la Administración a la que presta colaboración, como a los

sujetos privados o empresas con los que se relaciona. Les son imputables los daños y perjuicios que cause en ambas direcciones. Y la garantía de que responderá de ellos se establece mediante la exigencia de que suscriban pólizas de crédito sin límite de responsabilidad. Está peor resuelta, y sin duda es uno de los problemas más serios que plantea la exitosa colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas, la cuestión de la responsabilidad personal de los administradores y agentes al servicio de dichas entidades por las infracciones administrativas e incluso penales en que puedan incurrir. En muchos casos, considerando que no tienen aquellos la condición de autoridades y funcionarios públicos, se plantea si les son de aplicación las mismas infracciones y sanciones. Es decisivo resolver adecuadamente esta cuestión porque, por un lado, el recurso a las entidades privadas se justifica en su mayor agilidad, eficacia y capacidad técnica, ventajas que también se consideran muy apropiadas para la rápida terminación de los expedientes administrativos y la lucha contra la corrupción (que, a veces, se alimenta de las trabas administrativas y de los interminables retrasos en resolver, para cuya superación se pueden utilizar medios contrarios a la legalidad); pero, por otro lado, si los servicios de control e inspección se externalizan y se atribuyen a gestores y administradores a los que no puede exigírseles una especial responsabilidad personal, se estará perdiendo una de las conquistas de los Estados de Derecho europeos, en los cuales el estatuto de autoridad o de funcionario público ha estado al servicio de la cultura del interés general y ha justificado la previsión de las sanciones administrativas y penales más graves cuando la balanza de la gestión pública se inclina del lado de los intereses personales del agente.

Finalmente, un aspecto esencial del régimen jurídico de las entidades de colaboración es el concerniente a las garantías existentes frente a las decisiones de control, de verificación, de auditoría u otras, practicadas por los organismos acreditados. La manera más simple es procurar una conversión de estos actos, de naturaleza originariamente privada, en actos de relevancia administrativa, para que puedan ser conocidos por las Administraciones públicas supervisoras y, en su caso, finalmente impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El artículo 42.6 del Reglamento de 1995 en materia de calidad y seguridad industrial, ya citado, ofrece un ejemplo exacto de la transformación a la que nos referimos: «Cuando sobre una solicitud recaiga decisión denegatoria de acreditación, el interesado podrá manifestar su disconformidad ante la entidad de acreditación, que deberá actuar conforme a los procedimientos establecidos al respecto. En caso de desacuerdo, podrá manifestarlo ante la Administración pública que la

**555.**

*Estatuto jurídico del personal que gestiona servicios externalizados.*

**556.**

*Garantías y recursos.*

designó, la cual dará audiencia al interesado en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; requerirá los antecedentes de la entidad de acreditación, y comprobará la adecuación de los procedimientos empleados a los establecidos en el presente Reglamento, resolviendo en el plazo de tres meses si es o no correcta la actuación de la entidad de acreditación». Ejemplos de este tipo de transformaciones administrativas de actos de origen privado pueden encontrarse en otras diversas normas; muy especialmente, en el ámbito estatal, la Ley 31/2007, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, o, en el ámbito local, la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 6 de julio de 2009 que hemos analizado en el apartado anterior.

## 5. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS

En la tradición del Derecho Público continental europeo las Administraciones públicas solo excepcionalmente han tenido atribuidas funciones de resolución de conflictos entre sujetos privados. El Derecho Administrativo está construido sobre el principio de la decisión ejecutoria, que se utiliza para la aplicación de las determinaciones legales en general y siempre con el objetivo de satisfacer los intereses generales, que es el fin primero y único de la Administración según recoge en la actualidad el artículo 103.1 de la Constitución. Por tanto, no corresponde a la Administración resolver conflictos; en el reparto de funciones públicas se atribuye esta tarea a los tribunales. También son estos los que deben resolver los conflictos que se traban entre la propia Administración pública y los particulares. La posibilidad de que la Administración se someta a arbitrajes u otras formas de resolución convencional y privada de los conflictos siempre ha sido mirada con prevención y desconfianza por la legislación (artículo 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, o la prohibición de transacciones sobre derechos de la Hacienda Pública que recogía el artículo 39 de la Ley Presupuestaria de 4 de enero de 1977; o, todavía hoy, las limitaciones con que el Abogado del Estado puede apartarse o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, según la Ley 52/1997, de asistencia jurídica al Estado). Algún avance sobre esta regla general puede verse en la LRJAP, cuyo artículo 107.2 admite la sustitución del recurso de alzada por otros procedimientos de impugnación o reclamación, «incluidos los de conciliación, mediación o arbitraje».

**557.**  
*Decisión ejecutoria  
 y sometimiento  
 de la  
 Administración  
 a arbitraje.*

Al margen de los supuestos en los que las controversias que se suscitan entre la Administración y los particulares puedan resolverse mediante arbitrajes, la actividad arbitral ejercida por la propia Administración, prácticamente sin desarrollos o con expresiones muy marginales en la legislación tradicional, comenzó a tener alguna relevancia en los últimos lustros del siglo XX y sobre ello llamó la atención R. PARADA VÁZQUEZ que dedicó a esa «actividad arbitral» (considerada como una «forma de la actividad administrativa» no encajable en ninguna de las tradicionales de policía, fomento y servicio público) el primer estudio extenso de carácter sistemático incorporado, además, a una exposición general sobre el Derecho Administrativo. Como el propio PARADA revela, manifestaciones de la actividad arbitral de la Administración han existido en nuestra legislación tradicionalmente, pero en los últimos años del siglo XX se extendió, fundamentalmente por los cambios que se producen en los criterios sobre la ordenación pública de la economía, a nuevos ámbitos y sectores.

Existen dos manifestaciones principales de esa potestad arbitral. Una es el arbitraje voluntario de Derecho Privado, que tiene su cauce a través de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje de Derecho Privado, a través de la cual se han canalizado algunos supuestos de arbitraje que en algún tiempo anterior fueron arbitrajes obligatorios. Son los previstos en las Leyes General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, de Ordenación del Seguro Privado 33/1984, de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, a las que se han ido sumando luego otras materias como el deporte, las telecomunicaciones o las cooperativas —estas últimas en la Ley 27/1999—. La Administración cumple aquí la función de un árbitro privado al que someten voluntariamente las partes en conflicto.

Otra clase de arbitraje es el obligatorio, que ha figurado también en algunas normas reguladoras de sectores económicos. La obligatoriedad del arbitraje hizo que alguna doctrina suscitara la cuestión de si puede la Administración resolver conflictos entre partes y no es esta, en términos constitucionales, una función exclusiva de los tribunales. Si la Administración aplica sus decisiones ejecutorias a la resolución de conflictos, y lo hace de manera vinculante, estaría sustituyendo la función de los tribunales y sus sentencias. A este enunciado, formulado entre otros por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ respondía alguna jurisprudencia. El Tribunal Constitucional había dicho, en su Sentencia 192/1981, de 8 de abril, que la Administración por sí misma no puede arbitrar en conflictos colectivos ordenando el cese de una huelga, pero sí apreció que esa decisión la podían asumir árbitros

**558.***Actividad arbitral de la Administración.***559.***Arbitrajes voluntarios.***560.***Arbitrajes obligatorios: límites constitucionales.*

imparciales. De un modo más concreto, sobre los arbitrajes administrativos obligatorios, la STC 174/1995 sostuvo que era inconstitucional un precepto de la Ley 16/1987, de Transportes Terrestres, porque excluía de recurso jurisdiccional a los arbitrajes sobre asuntos de cuantía inferior a quinientas mil pesetas en cuanto supondría una vulneración del principio de tutela judicial efectiva. Esta obligatoriedad sería también contraria al artículo 117.6 de la Constitución en cuanto que encubriría un supuesto de tribunal de excepción.

La observación del Tribunal Constitucional ha conducido a que formas obligatorias de arbitraje administrativo han sido cambiadas para darles carácter voluntario. Pero la valoración del Tribunal no implica que los arbitrajes administrativos sean contrarios a la Constitución. La Administración siempre decide ejecutoriamente cuando resuelve, sea o no en el marco de un procedimiento de arbitraje. La tutela judicial efectiva no parece, ni puede entenderse que los tribunales sean sustituidos por la Administración, ni que esta ejerza una función que corresponde a aquellos, si las decisiones finales, como ocurre con todos los actos que la Administración dicta, son susceptibles de control final por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En todo caso, la evolución que ha experimentado en los últimos años la función resolutoria de conflictos encomendada a la Administración la ha alejado progresivamente de las fórmulas del arbitraje voluntario. Crecientemente, la Administración tiene asignadas por las normas reguladoras, especialmente las atinentes a diferentes sectores económicos, funciones de resolución de conflictos. Su intervención tiene carácter obligatorio y forma parte esencial de su actividad de regulación y garantía.

La atribución de esta clase de funciones a las Administraciones públicas tiene una explicación bastante evidente en el marco de las transformaciones, a que venimos haciendo referencia sistemática en este capítulo, del Estado gestor en Estado regulador y garante. Este cambio ha abierto nuevos espacios a la actuación de personas físicas y jurídicas de carácter privado, que antes estaban ocupados por organismos administrativos. Siguen siendo, no obstante, actividades que se consideran de utilidad pública o de interés general en cuanto que relevantes para asegurar el bienestar y el nivel de vida de los ciudadanos. Cuando la Administración se relacionaba directamente con los usuarios de los servicios públicos, o cuando supervisaba la actividad de los concesionarios gestores de los mismos, resolvía los conflictos que se planteaban mediante actos de carácter imperativo, ejecutivos como todos los suyos pero susceptibles de un control jurisdiccional último. En la

**561.**

*Arbitraje y control  
jurisdiccional.*

**562.**

*La resolución de  
conflictos por los  
reguladores.*

**563.**

*Fundamentos de la  
competencia para  
resolver conflictos.*

actualidad, sin embargo, se trata de actividades de carácter privado, que gestionan empresas privadas que son titulares de las mismas en virtud, la mayor parte de las veces, de títulos habilitantes que otorga la propia Administración. Los conflictos no se plantean ya entre un servicio público y sus usuarios, sino entre empresas que desarrollan una actividad en régimen de competencia en el mercado y los particulares que utilizan sus servicios. Sin embargo, forma parte de la actividad regulatoria que los conflictos que se generan los siga resolviendo la Administración. No hay aquí ninguna clase de actividad arbitral. No son arbitrajes obligatorios, en nuestro criterio, sino que estamos ante el componente «jurisdiccional» que tiene la actividad de regulación. Esta clase de conflictos siempre se refiere a la aplicación de normas y disposiciones de Derecho Público procedentes de los reguladores que, en último término, es el regulador administrativo el que debe interpretar y hacer cumplir. Los conflictos conciernen siempre a la exacta aplicación de las regulaciones existentes, y quien ha de despejar los problemas, resolviendo las discrepancias, es el propio regulador.

Esta función de resolución de conflictos ha aparecido fulgurantemente en la legislación reguladora de algunos sectores liberalizados, muy especialmente en materia de telecomunicaciones y sector eléctrico, donde puede comprobarse muy bien la naturaleza de la intervención administrativa a que nos referimos. El regulador de las telecomunicaciones tiene funciones arbitrales de carácter tradicional asignadas por la ley, pero, con perfecta separación de las mismas, tiene otras que se denominan expresamente «de resolución de conflictos» y cuyas aplicaciones más relevantes se refieren a la intervención en disputas sobre el acceso a redes. Esta es una cuestión intensamente regulada: los titulares de redes deben permitir el acceso a las mismas de los operadores que deseen prestar servicios para los que estén habilitados. Las discrepancias sobre el derecho al acceso o el deber de facilitararlo tienen que ver siempre con la interpretación de la regulación establecida. Y sobre ello resuelve el regulador (artículos 14 y 48 de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre, y disposición adicional 11.<sup>a</sup>, ap. 3.<sup>o</sup>1.13.<sup>a</sup> y 3.<sup>o</sup>2.2.<sup>a</sup> de la Ley Reguladora del Sector de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre). Las resoluciones que dicta la Administración siempre son controlables finalmente por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma que se recupera plenamente la tutela judicial efectiva y no hay suplantación alguna de la resolución jurisdiccional por la del regulador.

La Ley 3/2013, que crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha fijado una regulación sistemática de las competen-

**564.**  
*Aplicaciones en la  
regulación de  
sectores  
liberalizados.*

cias arbitrales de la Comisión, distinguiendo las que le corresponden en los mercados de las comunicaciones electrónicas, electricidad, aeroportuarios, postal, audiovisual y ferroviario. La Comisión resuelve acerca de cualquier denuncia y adopta, a petición de cualquiera de las partes, una resolución para resolver el litigio lo antes posible y, en todo caso, en un plazo de tres meses desde la recepción de toda la información. La resolución es vinculante para las partes, sin perjuicio de que puedan ser objeto de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si procede.

**565.**  
*Extensión a los conflictos que implican a derechos fundamentales.*

Esta función resolutoria de conflictos se ha extendido también a las garantías primarias de otros derechos en los que no se producían tradicionalmente intervenciones administrativas porque las controversias estaban, en primer término, atribuidas a la jurisdicción. Señalaremos tres ejemplos notables: los conflictos entre las empresas de comunicación audiovisual y los usuarios de sus servicios en los supuestos de vulneración de algunos derechos fundamentales de los mismos; la intervención de los reguladores en los conflictos que se generan entre empresas que cuentan con archivos informáticos que contienen datos y las personas concernidas por dichos archivos; y la intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para eliminar utilizaciones ilegítimas de derechos de propiedad intelectual de las redes.

**566.**  
*Conflictos concernientes a la libertad de comunicación.*

En el primer caso los conflictos más habituales son los que enfrentan el derecho de comunicación (artículo 20 CE) y los derechos al honor, intimidad y propia imagen (artículo 18). El primero ampara las informaciones y programas televisivos; el segundo a las personas concernidas por las comunicaciones que se emiten en dichos programas. Es importante considerar que no estamos en estos casos ante actividades meramente económicas de una empresa, que es el ámbito en el que se desenvuelven habitualmente las competencias de los reguladores, sino ante el ejercicio y garantía de derechos fundamentales, cuya protección ha pertenecido o al orden jurisdiccional penal, o al civil (muy especialmente a este último desde que se aprobó la Ley 1/1982, de protección civil del honor, intimidad y la propia imagen). La posibilidad de acudir a estos órdenes jurisdiccionales se mantiene pero, al mismo tiempo, la legislación reguladora del sector ha encomendado a los órganos reguladores competencias para intervenir en estos conflictos. La Ley General del Audiovisual 7/2010 atribuye al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales la competencia para «requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo». Y en su artículo 9 faculta a cualquier persona física o jurídica para solicitar a la autoridad audiovisual

competente «el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación». De acuerdo con esta previsión, si la autoridad audiovisual aprecia que se ha emitido un contenido aparentemente ilícito, puede adoptar la decisión de «poner fin a la emisión del contenido ilícito». En la legislación autonómica estas facultades aún aparecen más explícitas; así las funciones que se atribuyen al Consejo Audiovisual de Cataluña por la Ley catalana 22/2005, artículos 115 y siguientes, que han dado lugar a resoluciones del Consejo como las de 19 y 21 de diciembre de 2005, en las que el propio Consejo declara la existencia de vulneraciones al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de información y de expresión. El fundamento de la intervención del regulador en estos casos es el incumplimiento de las normas que disciplinan la actividad y, especialmente, el régimen de la misma pactado en el contrato de concesión.

Los supuestos de intervención de la Agencia de Protección de Datos para evitar la utilización de archivos que consignan datos concernientes a las personas, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas reguladoras, es igualmente expresivo de la función de garantía de los derechos, extendida a los derechos fundamentales, que ejerce la Administración reguladora. El fundamento de la actuación en este caso está en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 que establece: «Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine». Según esta Ley, que incorpora en este punto la Directiva 95/46/CEE, los afectados tienen derecho de oposición al tratamiento de datos de carácter personal cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. Los artículos 34 y 35 del Real Decreto 1720/2007 regulan ese derecho de oposición. Cuando se incluyen datos personales en archivos informáticos sin el consentimiento de los interesados o, incluso, sin atender la oposición expresa manifestada por los mismos, además de los medios jurisdiccionales que corresponda utilizar, cabe denunciar la situación ante el regulador, que habrá de intervenir en la protección de los derechos de las personas afectadas. De nuevo la posición de garantía de los derechos se extiende mucho más allá de lo que es el cumplimiento de regulaciones de carácter económico, y ejerce el regulador competencias muy característicamente «jurisdiccionales» de resolución de una controversia entre partes. Pero también se trata de velar por el cumplimiento de las normas que regulan una actividad determinada, más allá de las

**567.**  
*Conflictos  
concernientes  
a la protección  
de datos.*



cuales esta es ilícita. Es el regulador quien tiene que interpretar el alcance de las normas y resolver los conflictos. En último término, como en el supuesto examinado con anterioridad, la garantía final se traslada a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La modificación de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, acordada mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha regulado un procedimiento que puede incoar la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Se dirige contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información y habilita a dicho organismo a adoptar medidas para la interrupción del servicio y retirada de los contenidos que vulneren los derechos de propiedad intelectual. Antes de adoptar estas medidas se formula un requerimiento para la retirada voluntaria de los contenidos y, si no es atendido, sigue una tramitación sumarisima a cuyo término la Sección Segunda adopta la resolución que corresponda. Si se acuerda el bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso a internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad. La ejecución final de la medida de bloqueo o retirada o interrupción exige una previa autorización judicial por el procedimiento establecido en el artículo 122 bis de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## VII. REGULACIÓN DE EMPRESAS Y MERCADOS

### 1. REGULACIÓN Y COMPETENCIA

Competencia y regulación económica son medios diferentes de ordenación de los mercados. La primera implica que la oferta y la demanda pueden llegar a conjugar un orden perfecto en el que pueden satisfacerse tanto los intereses de los operadores que concurren en el mercado como los intereses generales, beneficiándose así los agentes económicos y la colectividad al mismo tiempo. Sin embargo, los economistas, la práctica y la historia tienen demostrado que esta conjugación perfecta no se da nunca y los intereses colectivos requieren una actuación regulatoria del Estado. Son los «fallos del mercado» los que la imponen. Algunas veces se trata de insuficiencias de los resultados que se obtienen con la competencia libre: existen actividades que son fundamentales para el mantenimiento del orden, la seguridad o el bienestar básico, que son insusceptibles de comercio y cuya implantación exige, además, grandes inversiones que no están dis-

#### 568.

*Fallos de mercado  
y regulación.*

puestos a financiar las empresas privadas. También existen servicios que, aunque se puedan organizar sobre la base de la titularidad y la prestación privada, son necesarios para la garantía de la seguridad o la cohesión social y, en la medida en que están implicados intereses públicos, es precisa una regulación intensa de los mismos. Existen también monopolios naturales que, cuando implican el dominio exclusivo de infraestructuras a través de las cuales se prestan servicios a la colectividad, han de ser regulados para facilitar el acceso a los mismos de todos los operadores. En fin, las teorías más clásicas que se han manejado para fundar la regulación radican en el carácter imperfecto de la competencia y la constatación de que el mercado no puede por sí mismo ordenar los intereses de todos los operadores y de los consumidores. Además, siempre es preciso controlar las conductas anticompetitivas, racionalizar el funcionamiento de algunos mercados, evitar los precios abusivos, controlar los beneficios inesperados, corregir los incrementos de costes, obtener una información adecuada de los mercados y, en fin, evitar que la competencia se desarrolle en términos excesivos, destructivos o desleales.

La cuestión de saber cuándo basta la competencia y cuándo es necesaria la regulación, y si estos dos medios de organizar los mercados han de articularse con perfecta separación o en régimen de competencia, ha ocupado muchas páginas de doctrina y pronunciamientos jurisdiccionales. En relación con algunas acciones, dependiendo de la cultura implantada en los mercados de referencia, ha podido ser suficiente la competencia como instrumento de ordenación del mercado, mientras que en otros ha sido precisa la regulación. Es ejemplar, en este sentido, el caso de las *essentials facilities*, que estudiaremos en este capítulo: el acceso a las instalaciones esenciales se resolvió como un problema de competencia en los mercados norteamericanos inicialmente, mientras que en el ámbito comunitario europeo ha sido siempre un problema necesitado de regulación.

En realidad no hay criterios fijos que puedan generalizarse. Corresponde al legislador establecer en qué grado la regulación es innecesaria o debe, por el contrario, sustituir a la competencia libre de los operadores en los mercados. En ocasiones la regulación actúa como una herramienta de estimulación o promoción de la competencia. Y lo más común, en fin, es que la jurisprudencia, tanto europea como norteamericana, acepte que las reglas de la competencia libre pueden complementar la regulación y ser aplicadas en los diferentes sectores económicos, también para corregir conductas no específicamente contempladas por la regulación económica (en la Comunidad Europea,

**569.**

*Concurrencia de la regulación y la defensa de la competencia.*

por ejemplo, STPI *Deutsche Telecom*, de 10 de abril de 2008, la Decisión de la Comisión *Wanadoo España v. Telefónica*, de 4 de julio de 2007, y, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, asuntos *Trinko* resuelto por la Sentencia de 13 de enero de 2004, y *LinkLine*, de 25 de febrero de 2009).

La acción ordenadora concurrente de la competencia y la regulación determina que también la supervisión de los mercados corresponda a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia y las de supervisar el cumplimiento de las regulaciones. La coordinación entre unas y otras está expresamente contemplada en el artículo 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Impone a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora de los Mercados y de la Competencia) y a los reguladores sectoriales que cooperen en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común. La forma más destacada de hacerlo consiste en que los reguladores sectoriales han de poner en conocimiento de la citada Comisión los actos, acuerdos, prácticas y conductas de los que pudieran tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

**570.**  
Coordinación entre  
autoridades de la  
competencia y  
reguladores.

## 2. LA COMPETENCIA COMO UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

### A) La organización de la defensa de la competencia

Las atribuciones en la materia están repartidas entre la Comunidad Europea y los Estados miembros; entre la Comisión, en lo que concierne a la primera, y la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en España.

La regulación que se contiene en los artículos 101 y siguientes TFUE ha seguido un criterio de ordenación bastante simple, que consiste en establecer algunas prohibiciones generales que se consideran *ex lege* contrarias a la competencia, matizadas por un sistema de excepciones cuya aplicación depende, de ordinario, de una decisión de las autoridades de control.

El Derecho de la competencia, establecido básicamente en aquellos preceptos, se aplica a la totalidad de las actividades económicas, cualquiera que sea el sector en el que se desenvuelven. Algunas

excepciones ha previsto, sin embargo, expresamente, el Tratado CE: el artículo 36 (ahora, artículo 42 TFUE), en materia agrícola, consagra la primacía de la política agraria; el artículo 2 del Reglamento 26/1962 del Consejo, de 4 de abril de 1962, modula la aplicación de la prohibición de prácticas colusorias al sector agrícola. Se trata de la excepción más general porque la exclusión de otros sectores, que plantearon dudas inicialmente, como el de transportes o el bancario, ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia en el sentido de la aplicación general de los principios del Tratado en materia de competencia (respecto del primer sector citado, Sentencias *Asjes* y *Ahmed Saeed*, de 30 de abril de 1986 y 11 de abril de 1989; respecto del sector bancario, Sentencia *Zückner*, de 4 de julio de 1981).

Los tratados se limitan a establecer la regulación general indicada pero no contienen ni reglas de procedimiento, ni mayores especificaciones sobre el modo de actuar de los órganos comunitarios. Usando la previsión contenida en el artículo 103 TFUE que atribuye al Consejo la competencia para adoptar las normas necesarias para el desarrollo de los artículos 101 y 102 TFUE (81 y 82 en el TCE), se aprobó el primer Reglamento de aplicación de dichos preceptos, que es el de 21 de febrero de 1962, conocido ordinariamente como Reglamento n.º 17. Esta norma otorgó a la Comisión amplios poderes de investigación, de decisión y de sanción, configurándola como la autoridad comunitaria competente, habilitándola, además, para dictar otros reglamentos de desarrollo, como inmediatamente hizo: básicamente, en lo que concierne al procedimiento, Reglamento n.º 17 de 1962, luego sustituido por el Reglamento 3385/94, de 21 de diciembre, Reglamento de audiencias de 1963, luego sustituido por el 284/98, de 27 de diciembre. Regulaciones materiales se contienen, por ejemplo, en los Reglamentos de exención 1983/83, 1984/83, 1582/97, 1475/95, 4087/88, 240/96. Y, en fin, respecto de algunas operaciones de gran trascendencia en materia de competencia, como las concentraciones, el Reglamento del Consejo 4064/89, luego revisado por el número 1310/97, que más adelante estudiaremos.

Todo este bloque normativo inicial, incluido su punto de arranque, el Reglamento n.º 17, han entrado en revisión desde la aprobación del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que deroga el citado Reglamento n.º 17.

Las autoridades nacionales, por su parte, tienen idénticas competencias que las comunitarias para intervenir en esta materia. Las regulaciones nacionales acogen, en cuanto a prácticas prohibidas y supuestos de autorización, los mismos principios establecidos en el

**571.**

*Ámbito del Derecho de la competencia.*

**572.**

*Reglamento 17 y sus modificaciones.*

**573.**

*Reglamento 1/2003.*

Derecho comunitario. Así puede verse en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla aspectos relacionados con las «conductas de menor importancia», las concentraciones económicas, las ayudas públicas y la promoción de la competencia, así como los procedimientos en materia de defensa de la competencia.

Como se ha indicado, las autoridades nacionales tienen competencias coincidentes con las comunitarias, pero siempre relativas a prácticas que no afecten al tráfico económico entre Estados. Se deduce de esta situación la posibilidad de aplicar conjuntamente el Derecho nacional y el comunitario para reprimir conductas prohibidas, salvo que, como dijo la Sentencia *Walt Wilhelm*, de 13 de febrero de 1969, ello impida la aplicación uniforme de las reglas comunitarias. La aplicación conjunta del Derecho comunitario y el estatal es, para las autoridades nacionales de la competencia, un deber, teniendo en cuenta que los artículos 101 y siguientes TFUE tienen efecto directo, por lo que deben ser aplicados por las autoridades administrativas y pueden ser invocados ante los Tribunales. La Comisión, en cambio, solo considera y aplica la regulación comunitaria.

**574.**  
*Aplicación del Derecho comunitario y el estatal.*

## B) La prohibición de prácticas colusorias

La prohibición más general que contienen tanto los Tratados como la Ley 15/2007 es la relativa a las prácticas colusorias (artículos 101 TFUE y 1 de la Ley citada). Se refiere la prohibición a tres categorías o grupos de prácticas: los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas. La prohibición, sin embargo, no se constriñe a dichas referencias sino que mantiene abierta la posibilidad de incluir otras prácticas que merezcan la misma calificación, aunque no se mencionen expresamente. La jurisprudencia ha manejado con mucha flexibilidad los aludidos conceptos, tanto porque no exige una formalización de las conductas para entenderlas incluidas en las prohibiciones, como porque permite aplicar alternativamente unas u otras o incluso todas conjuntamente dependiendo de la situación de hecho. En relación con la flexibilidad en el manejo de los conceptos es expresiva la Sentencia *Sandoz* del TJ comunitario, donde se dice, en relación con los acuerdos, que «para constituir un acuerdo a los efectos del artículo 81 basta con una estipulación que sea expresión de la voluntad de las partes». Por lo que respecta a la aplicación separada o conjunta de los

**575.**  
*Grupos de prácticas prohibidas.*

**576.**  
*Acuerdos.*

diversos tipos de concursos de voluntades que tipifica la norma, es expresiva la Sentencia *Petrofina* del TPI, de 24 de octubre de 1991.

En buena medida las decisiones de asociaciones de empresas reciben el mismo tratamiento flexible, sin perjuicio de que, como mínimo, exigen la concurrencia de varias empresas, agrupadas en alguna estructura que permita la defensa uniforme y coordinada de sus intereses. Pero es indiferente que su forma jurídica sea pública o privada y que tengan, o no, ánimo de lucro.

La más compleja de las conductas prohibidas es la de las prácticas concertadas. Son estas cualesquiera formas de coordinación con las que se pretenda sustituir la competencia y sus efectos, por una cooperación entre los agentes económicos, a la vista de obtener resultados más favorables. Este tipo de prácticas son bastante habituales en el mercado, por ello el problema más importante que plantean es el de determinar cuál es el grado de concertación preciso para que pueda hablarse de la existencia de colusión. La valoración que debe hacerse al respecto es determinar si la concertación rompe con la regla básica de mercado de que cada operador establezca su propia política empresarial de manera autónoma, actuando en el mercado según esos criterios. Si se recurre a concertaciones que evitan ese comportamiento se atenta al libre juego de la competencia. Pero no puede entenderse que el falseamiento de la competencia exista siempre que una empresa tenga en cuenta el comportamiento posible de otra. Fijarse en los planes y la conducta de los demás es común en las previsiones económicas de cualquier operador. Por ello, el Tribunal de Justicia no considera que exista concertación simplemente porque una empresa haga las previsiones indicadas.

Lo que prohíbe el Tratado y la Ley estatal son las prácticas que tengan por objeto o efecto «impedir, restringir o falsear» el libre juego de la competencia. Las normas citadas mencionan diversas prácticas en las que se produce tal efecto: la fijación de precios o de condiciones de las transacciones; la limitación o el control de la producción y distribución, del desarrollo técnico o las inversiones; el reparto de mercado sobre las fuentes de abastecimiento; la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos.

La verificación de que dichas circunstancias concurren, y la práctica por tanto es colusoria, debe atenderse a un método que está explicado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde antiguo (Sen-

**577.**Asociaciones de  
empresas.**578.**Prácticas  
concertadas.**579.**«Impedir, restringir  
o falsear»:  
supuestos.

**580.**  
Test del carácter  
colusorio de la  
práctica.

tencias *Société Technique Minière*, de 30 de junio de 1966; Sentencia *Consten y Gründing v. Comisión*, de 13 de julio de 1966): debe comprobarse si el objeto del concierto en sí mismo constituye una restricción, porque se refiera, por ejemplo, a fijar precios o repartir mercados; si la concertación no se dirige directamente a restringir u obstaculizar la competencia, el órgano administrativo encargado de su defensa debe examinar si la práctica reduce la competencia en relación con la existente en el mercado relevante con anterioridad. Determinada la existencia de dicha afectación, lo siguiente es verificar si tal incidencia es muy importante. Esta determinación de aplicar solo la prohibición de prácticas colusorias a los casos en que el efecto sobre la competencia fuera importante, parte de la Sentencia del TJ *Völk* de 9 de junio de 1969. Ulteriormente la Comisión ha aprobado diversas comunicaciones para precisar qué acuerdos, atendiendo a la repercusión en los mercados, están excluidos por tener una incidencia mínima.

La constatación de que una práctica es colusoria y, por tanto, contraria a los artículos 101 TFUE y 1 de la Ley 15/2007, no significa que deba ser necesariamente eliminada, ya que los artículos 101.3 del Tratado y 6 en relación con el 1, apartados 3 y 4, de la Ley permiten a las autoridades de la competencia, en relación con las prácticas cuyo control corresponde a las atribuciones de cada una de ellas, eximir de la aplicación del precepto bien una práctica colusoria concreta (exención individual), o bien una categoría de prácticas (exención por categorías). Las condiciones exigidas se refieren a que tales prácticas permitan mejorar la producción o la distribución de productos o el fomento del progreso técnico o económico, que preserven a los usuarios de una participación equitativa en el beneficio resultante; que no haya otras restricciones que las estrictamente indispensables para alcanzar los objetivos del acuerdo, y, en fin, que las empresas no tengan la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. A estas hipótesis generales se unen en el artículo 5 de la Ley algunos supuestos complementarios en los que se permite también la autorización.

Los acuerdos de exención establecen las condiciones en las que deben cumplirse. Los efectos de las exenciones son limitados en el tiempo, pueden ser revocados, modificados o renovados. Como hemos dicho más atrás, el Consejo adoptó tres Reglamentos que habilitan a la Comisión para establecer exenciones por categorías. El Reglamento 16/85 sirve de base a los cinco reglamentos de exención

por categorías o acuerdos verticales y de transferencia de tecnología adoptados por la Comisión, referentes a acuerdos de distribución exclusiva, de compra exclusiva, etc., más atrás citados.

### C) El abuso de posición dominante

Nos referiremos ahora al tratamiento en el Tratado y en la Ley española del abuso de la posición dominante. El artículo 102 TFUE dice que «será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común, o en una parte sustancial del mismo». La prohibición a la que se refiere este precepto, que tiene su correspondiente en el Derecho interno en el artículo 6 de la Ley de 1989, es absoluta, ya que el abuso de posición dominante es una práctica anticoncurrencial no exceptuable.

La prohibición se refiere, como se comprende, ordinariamente a prácticas unilaterales, al contrario de lo que ocurre con los artículos 101 y 102 TFUE que están pensando, como se acaba de ver, en prácticas en las que participan varias empresas. No obstante, lo más habitual es que el abuso de posición dominante se produzca justamente con ocasión de relacionarse una empresa con otra o con otros grupos. Por tanto, para atajar los abusos de posición dominante se puede utilizar, según viene admitiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, bien la vía de intervención sobre las prácticas colusorias, o bien directamente utilizando las previsiones del Tratado y la Ley contrarias a los abusos de posición dominante. Es expresiva de esta intercambiabilidad la Sentencia del Tribunal de Justicia *Almelo*, de 27 de abril de 1994, y también la del Tribunal de Primera Instancia de 17 de noviembre de 1995, recaída en el asunto *IP y otros v. Comisión*.

La posición dominante está definida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como una situación de poder económico que detenta una empresa y que le da la posibilidad de oponerse a una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiendo actuar de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores. No obstante, debe tenerse en cuenta que la posición dominante no resulta incompatible con la existencia de competencia en el mercado; la posición dominante, al contrario de lo que ocurre con los monopolios, no la excluye. WAELBROECK y FRIGNANI han deducido de la jurisprudencia los criterios que utiliza habitualmente para concluir si existe o no una posición dominante. El criterio

**581.**  
Definición.

**582.**  
Prácticas  
unilaterales.

**583.**  
Posición  
dominante:  
definición.



**584.**  
Test de la posición  
de dominio.

principal que emplea el Tribunal de Justicia es analizar el mercado y determinar la posición que ocupa en él la empresa en cuestión. Una vez fijado este punto, complementa el análisis con la verificación del comportamiento de la empresa y de sus rivales y el examen de la situación de dependencia económica que pueda existir entre la víctima del abuso y la empresa en posición dominante. Utilizando estos criterios el Tribunal de Justicia ha considerado, por ejemplo, que si las empresas tienen cuotas muy elevadas de mercado, que superen el 80%, estaremos sin duda en un caso de posición dominante. Cuando se sitúen en cuotas más bajas, como pueden ser el 40% o el 50%, es necesario utilizar algunos factores complementarios para determinar si existe o no la posición que nos ocupa. Servirá para complementar el examen, en tales casos, por ejemplo, el número y las dimensiones de los competidores (*United Brands v. Comisión*, de 14 de febrero de 1968). Naturalmente, mientras mayores son las cuotas de mercado es más fácil para el operador que las domina mantenerlas estableciendo barreras de entrada (se da, por ejemplo, esta circunstancia cuando un operador domina los derechos de propiedad intelectual, cuando establece descuentos de fidelidad, cuando no es necesario para operar en el mercado utilizar una tecnología muy compleja, etc.).

**585.**  
Mercado  
de referencia.

La posición dominante se mide siempre en un mercado de referencia. La Sentencia *Bronner*, de 26 de noviembre de 1998, ha definido el mercado de referencia como el espacio comercial en el que deben analizarse las condiciones de competencia y el poder económico que tiene la empresa en posición dominante. Este método de determinación de la posición del operador, exige que se mida tal posición tanto desde el punto de vista geográfico como desde el punto de vista material. De esta manera se habla de un mercado geográfico de referencia y de un mercado de producto de referencia.

**586.**  
Mercado  
de producto.

Una Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 ha explicado los criterios que aquella usa para deslindar los mercados de referencia. Según estos criterios, el mercado de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellas. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la determinación del mercado relevante de producto se lleva a cabo teniendo en cuenta la intercambiabilidad de la demanda y la intercambiabilidad de la oferta, teniendo en cuenta las condiciones reales del mercado. El mercado de referencia lo constituyen el conjunto de productos que en función de sus características objetivas son aptos para satisfacer necesidades constantes y no

pueden ser sustituidos fácilmente por otros productos. Para que haya competencia tiene que haber un grado suficiente de intercambiabilidad para el mismo uso entre todos los productos que forman parte de un mercado. Cuándo se da tal circunstancia es, naturalmente, una cuestión de hecho que hay que verificar caso por caso. Pero este criterio de la intercambiabilidad de la oferta se usa habitualmente por el Tribunal de Justicia, también para delimitar mercados de referencia de producto con un volumen determinado. Dice el Tribunal en este sentido que pertenecen al mismo mercado de producto aquellos productos que sin ser intercambiables desde el punto de vista de la demanda sí lo son desde la perspectiva de la oferta porque el fabricante puede pasar a producirlos sin dificultad.

El mercado geográfico de referencia comprende las zonas en que las empresas afectadas desarrollan actividades de servicio de suministros y de prestación de servicios en los que las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas próximas porque las condiciones de competencia en ellas son sensiblemente distintas. El mercado de referencia debe siempre comprender, según viene requiriendo habitualmente el Tribunal de Justicia, una parte sustancial del Mercado Común (*vid. Mercati Convenzionali Porto di Genova*, de 10 de diciembre de 1991).

Mayores definiciones de lo que sea abuso de posición dominante no existen en el Tratado, ni tampoco en la Ley española, que secunda los criterios de aquel. Desde la Sentencia *Hoffmann La Roche*, de 13 de febrero de 1979, el Tribunal de Justicia mantiene habitualmente el criterio de que el abuso es un concepto objetivo que se refiere a comportamientos que pueden influir en la estructura de un mercado usando medios diferentes de los que rigen la competencia normal. Las prácticas del artículo 82 TCE (ahora 102 TFUE) o son comportamientos destinados a impedir una competencia efectiva o que la debilitan, o son comportamientos desleales. En la especificación de qué clases de abusos son los prohibidos que se hace en la Ley española, se menciona, por ejemplo, la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compras de productos o de prestación de servicios; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en relación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la

**587.**  
Mercado  
geográfico.

**588.**  
El abuso como  
concepto objetivo.  
Clases de abusos.

aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; la ruptura de una relación comercial atribuida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor; obtener, bajo la amenaza de ruptura de relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

Una cuestión importante concerniente al alcance de la posición de la excepción del abuso de posición dominante es el relativo a la ampliación de los negocios de los operadores dominantes en áreas recientemente liberalizadas o áreas nuevas.

Esta es una cuestión suscitada en Europa con ocasión de la liberalización de los últimos años del siglo xx, y que ha sido atendida por diversos informes y documentos de la Comisión y Sentencias del Tribunal de Justicia. Consideran estos que puede existir infracción de la competencia cuando las empresas que tienen derechos especiales o exclusivos extienden su posición de dominio a otros mercados complementarios. Igualmente se considera que son contrarias a la libre competencia las regulaciones públicas que permiten la extensión de la posición dominante de una empresa a otro mercado distinto.

La Sentencia *British Telecom*, de 20 de marzo de 1985, es una de las que primero atendió este problema y sentó una pauta doctrinal que luego se ha mantenido. *British Telecom* abordó el importante fenómeno del nacimiento de nuevos servicios, propiciados por el desarrollo tecnológico, que no eran prestados habitualmente por los operadores de telecomunicaciones. La apertura de los mercados planteaba la necesidad de decidir si seguiría habiendo para el futuro una preferencia a favor de los antiguos operadores para que atendieran los nuevos servicios abiertos por las innovaciones tecnológicas, o por el contrario se facilitaba que tales nuevos servicios pudieran ser prestados por todas las empresas interesadas en estos nuevos mercados, actuando en competencia con los antiguos operadores. La Sentencia *British Telecom* condenó finalmente la ocupación por los monopolios tradicionales de telecomunicaciones de estos nuevos negocios en perjuicio de la apertura a un mercado en competencia en el que también pudiesen actuar nuevos operadores.

**589.**

*Extensión del dominio a sectores liberalizados.*

**590.**

*Sentencia British Telecom de 1985.*

La limitación impuesta, en virtud de esta jurisprudencia, a los operadores tradicionales, fue inmediatamente resaltada y recogida por el Libro Verde de las Telecomunicaciones de 30 de junio de 1987 y también, para un caso concreto, por la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1989, que resolvía el caso del correo rápido holandés.

La misma argumentación la reiteró todo el Tribunal de Justicia en la Sentencia dictada, también en el sector de las telecomunicaciones en el asunto *Reino de España y otros v. Comisión*, de 17 de noviembre de 1992. Con ocasión de enjuiciar la Directiva 90/388, de 28 de junio, relativa a la competencia de los mercados de servicios de telecomunicaciones, reiteró la doctrina de que la extensión de las actividades de las empresas que están en posición dominante a otros negocios nuevos «constituye un abuso de posición dominante de los organismos de telecomunicaciones». Criterios semejantes sostiene la Sentencia *RTT*, de 13 de diciembre de 1991.

En otro ámbito distinto, el de las empresas de colocación, la Sentencia *Höfner y Elser*, de 23 de abril de 1991, mantuvo la misma doctrina.

Para concluir este rápido repaso a una jurisprudencia muy reiterativa, son muy importantes en relación con la imposición de que los nuevos operadores actúen en condiciones de máxima igualdad posible con las antiguas empresas monopolistas, las Decisiones de la Comisión recaídas en los asuntos *Omnitel Pronto Italia*, de 4 de octubre de 1995, y *Airtel*, de 18 de diciembre de 1996. La doctrina es igual en ambos casos. La Comisión analizó, en el primero, la posición de *Telecom Italia Mobile* que es la filial del operador público que tiene encomendada la gestión del servicio de telefonía móvil. Dicha empresa está en una posición dominante en el mercado porque cuenta con ventajas temporales (puede comercializar el servicio inmediatamente, mientras que el segundo operador no estaría en disposición de hacerlo sino después de una preparación de meses), también dispone de clientes potenciales que ya están abonados a los servicios de telefonía básica; además tiene una red de distribución operativa que ya era conocida por el público mientras que su competidor tenía que establecerla. Asimismo, disfrutaba de información privilegiada y podía aprovecharse de economías de escala en relación con infraestructuras. Teniendo en cuenta esta posición de la empresa filial del operador público, la Comisión examina si es aceptable en términos de competencia que, como consecuencia del concurso para la adjudicación de la segunda licencia de telefonía móvil, se hubieran exigido a la empresa adjudicataria, *Omnitel Pronto Italia*, la cantidad de 750.000 millones de liras italianas.

**591.**

*Extensión de la posición dominante a nuevos negocios de telecomunicaciones.*

**592.**

*Condiciones de igualdad para los nuevos operadores en los sectores liberalizados.*

**593.**  
Decisiones Omnitel  
y Airtel.

Esta exigencia constituía, a juicio de la Comisión, una extensión de la posición dominante de la empresa pública a un nuevo mercado. Tal ampliación resulta de la afectación a la estructura de costes que deriva de la necesidad de asumir el pago de una cantidad tan importante por parte del segundo operador. Este se habría de ver obligado a amortizar la cantidad a pagar con los ingresos que obtuviera en la explotación del negocio, mientras que *Telecom Italia* estaría exenta de dicha carga. Aunque el Gobierno italiano contestó a estas observaciones haciendo notar que era imposible, de acuerdo con el Derecho interno, eliminar a posteriori una condición establecida en el pliego de condiciones de un concurso, la Comisión insistió en su argumentación. Tampoco cambió esta de criterio por el hecho de que se alegara que era imposible imponer a *Telecom Italia* un pago semejante, para equilibrar las posiciones en el mercado. *Telecom Italia* había efectuado sus inversiones antes de la liberalización y, por lo tanto, había previsto amortizarlas en una situación de explotación del servicio en régimen de monopolio. Excluida la estimación de cualquiera de estas alegaciones, la Comisión obligó a Italia a corregir la situación, como lo haría inmediatamente después en el caso español con la decisión *Airtel* antes citada, permitiéndole o la devolución del pago efectuado al segundo operador o el establecimiento de compensaciones favorables al mismo, que podrían consistir en la imposición de un pago idéntico a *Telecom Italia* o en la imposición de medidas correctoras que tuvieran un efecto equivalente para conseguir el equilibrio deseado.

#### D) Las concentraciones

**594.**  
Los primeros  
documentos y  
jurisprudencia.

Sobre estas operaciones, que pueden abocar a situaciones de abuso de posición dominante, no existía una regulación específica en la versión original del Tratado. Pero la Comisión empezó a llenar pronto la laguna utilizando las habilitaciones contenidas en favor de la regulación de la competencia en el artículo 82 TCE (actual artículo 102 TFUE). Sus preocupaciones se concretaron en un primer «Memorándum sobre los procesos de concentración en el Mercado Común» de 1966, en el que apoyaba una política favorable a las concentraciones, pero reflejaba al mismo tiempo una seria preocupación por evitar las situaciones de monopolio. La primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia se produce a partir de los años setenta. Las Sentencias líderes son *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973, y *Philips Morris*, de 17 de noviembre de 1987 (la Sentencia conocida como *Philips Morris* se da en el caso *BAT y Reynolds v. Comisión*).

La Sentencia dictada en el asunto *Continental Can* (asunto 6/72, Sentencia de 21 de febrero de 1973) permitió al Tribunal de Justicia establecer los primeros criterios acerca de la relevancia para el Mercado Común de las concentraciones. Dijo en aquella ocasión el Tribunal que «puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición de dominio fortalezca su posición hasta el punto de que el grado de dominación alcanzado obstaculiza sustancialmente la competencia, esto es, no deje subsistir más que empresas dependientes de su comportamiento de la empresa dominante».

**595.**  
Sentencia  
Continental Can.

En la Sentencia *BAT & Reynolds*, de 17 de noviembre de 1987, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia todavía afinó más los criterios acerca de cuándo los acuerdos entre empresas podían suponer concentraciones contrarias a lo admisible en el Mercado Común. Se refería en particular a un supuesto de toma de participaciones de empresas en el capital de otras. Operaciones que eran, indudablemente, de concentración, cuya relevancia para el Mercado Común mide el Tribunal de Justicia verificando si una toma de participación cruzada se traduce en un control efectivo de la otra empresa o, al menos, en una influencia en la política comercial de la misma.

**596.**  
Sentencia Bat  
& Reynolds.

Dos Sentencias de la primera época completan el tratamiento jurisprudencial a la cuestión de las concentraciones, que va a ser ulteriormente recogido en los Reglamentos de la Comisión a los que después aludiremos. Son las Sentencias *United Brands*, de 14 de febrero de 1978, y *Hoffmann-La Roche*, de 13 de febrero de 1979.

Las insuficiencias apreciadas, sin embargo, en este primer período determinan que empiezan a formularse propuestas regulatorias. La primera la constituye el proyecto de reglamento que aprueba la Comisión en 1973. Pero tienen que pasar bastantes años hasta que se aprueba definitivamente el Reglamento 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre control de operaciones de concentración de empresas. Para llegar a aprobar esta norma hubo de buscarse un equilibrio entre las posiciones de la Comisión y las de los Estados miembros, imprescindible para conseguir la unanimidad precisa para aprobar la norma. Tan difícil fue llegar a establecer aquella regulación como modificarla ulteriormente. Las propuestas de reforma han tendido siempre a incrementar los poderes de intervención de la Comisión, política que acogió exactamente el Reglamento n.º 1310/97, del Consejo, de 30 de junio de 1997, y mantiene el Reglamento del Consejo 139/2004, de 20 de enero.

**597.**  
Regulación  
comunitaria  
de las  
concentraciones.

**598.**  
Tipos de  
concentraciones.

La reglamentación de las concentraciones somete tales operaciones a un control preventivo por parte de la Comisión. En el ámbito del Derecho interno, una regulación ordenada en términos semejantes se contiene en los artículos 7 y siguientes y 55 y siguientes de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Las concentraciones consideradas en estas normas pueden agruparse en tres tipos: a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, sean por absorción o que den lugar a nuevas empresas; no se considera que haya concentración cuando las fusiones se producen en el mismo seno de un grupo empresarial; b) concentración por adquisición directa o indirecta del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, con independencia del método que se emplee para lograrlo, y c) todas las operaciones que concluyan en la creación de un comportamiento organizativo y empresarial común (*joint venture*).

**599.**  
Distribución  
de las  
competencias para  
el control de las  
concentraciones  
entre autoridades  
comunitarias y  
nacionales.

Las autoridades nacionales se ocupan de las concentraciones que tienen alcance estatal y las autoridades comunitarias de las que tienen dimensión comunitaria. Para que concurra esta última circunstancia, el artículo 1 del Reglamento 139/2004, de 20 de enero, establece dos condiciones principales: a) que el volumen de negocios total a escala comunitaria realizada por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y b) que el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. No obstante, estas reglas aparecen matizadas en el mismo precepto, donde se establecen otras hipótesis en las que una concentración puede tener dimensión comunitaria aun cuando no alcance los indicados umbrales. Se trata de las concentraciones que afecten a empresas cuyo conjunto de negocios total a escala mundial supere los 2.500 millones de euros; también si, en al menos tres Estados miembros, el volumen total de negocios del conjunto de las empresas supera los 100 millones de euros en cada uno; o si en al menos tres Estados miembros el volumen total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supera los 25 millones de euros en cada uno de sus Estados; o, en fin, si el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supera los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

El Reglamento de 2004 regula el procedimiento a seguir para la autorización de las concentraciones, que comienza con la notificación

a la Comisión antes de su ejecución, en cuanto que se haya concluido el acuerdo (artículo 4). A partir de la notificación, la Comisión puede decidir la remisión del examen de la concentración a un Estado miembro cuando sea la competencia en el mismo la que puede verse especialmente afectada y, desde luego también cuando, hecho el cálculo del volumen de negocios (de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 5), resulte que la concentración no tiene dimensión comunitaria. Hecho este examen la Comisión resolverá si sigue o no el procedimiento ella misma, en cuyo caso el Reglamento establece un pormenorizado procedimiento de actuación, en cuyo marco ostenta amplísimos poderes de investigación y decisión (artículos 8 y siguientes).

La valoración del efecto que la concentración produce sobre el mercado, y su compatibilidad con la competencia, se hace siguiendo el siguiente método: a) la Comisión debe determinar si la empresa objeto de la fusión alcanzará o reforzará una posición dominante como consecuencia de la concentración. A este efecto debe determinar cuál es el mercado relevante, tanto geográfico como de producto; b) si este reforzamiento de posición dominante supone un obstáculo significativo para la competencia efectiva en una parte sustancial del Mercado Común, la Comisión tendrá que impedir la concentración. Para ello la Comisión clasifica los efectos posibles de las concentraciones en tres categorías: efectos horizontales, derivados del solapamiento de actividades entre empresas que se concentran (acumulación de cuotas de mercado); efectos verticales en los mercados ascendentes o descendentes en las partes de la concentración y efectos conglomerados derivados de las ventajas competitivas adquiridas. Con estos parámetros la Comisión considera que las concentraciones pueden obstaculizar la competencia cuando crean o refuerzan una posición de dominio de una única empresa permitiéndole utilizar ventajas monopolísticas, o cuando se crea o refuerza una estructura oligopolística, gracias a la colusión tácita entre los operadores que le permiten maximizar sus beneficios evitando la competencia y actuar con independencia de sus clientes y consumidores (Sentencia del Tribunal de Justicia *Kali*, de 31 de marzo de 1998).

## E) Procedimientos en materia de competencia

### a) *En Derecho comunitario*

Aludiremos, por último, a los procedimientos que utilizan las autoridades de la competencia para verificar la existencia de conductas contrarias a las reglas de mercado, para otorgar, en su caso, exenciones, o para autorizar o prohibir concentraciones.

### 600.

*Procedimiento para la autorización.*

### 601.

*Valoración de los efectos de la concentración sobre el mercado: el grado de reforzamiento de la posición dominante.*



**602.**  
Regulación  
comunitaria.

Tampoco en materia de procedimientos había en el Tratado Comunitario unas reglas específicas. El artículo 83 atribuyó, sin embargo, como ya hemos dicho, al Consejo la competencia para adoptar la normativa necesaria para desarrollar los principios de los artículos 81 y 82, atribución que utilizó para dictar el primer Reglamento de 21 de febrero de 1962, ya citado, el conocido Reglamento n.º 17. Esta norma se ha aplicado durante un largo período hasta su sustitución por el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, actualmente vigente. Este Reglamento ha fortalecido los poderes de intervención de las autoridades estatales (artículos 5 y otros) y simplificado los procedimientos, superando así las garantías que ofrecen. La descentralización que impulsa el Reglamento citado se acompaña de un fortalecimiento de la cooperación entre entidades responsables de la competencia (artículos 11 y 15).

**603.**  
Expediente de  
investigación.

La regulación del procedimiento de investigación es minuciosa en el Reglamento. Los expedientes relativos a la investigación se inician de oficio o a petición de las empresas. Éstas pueden solicitar, por ejemplo, certificaciones o declaraciones negativas respecto de la aplicabilidad a su actividad de los artículos 81 y 82 (actualmente 101 y 102 TFUE). También puede iniciarse el procedimiento mediante la notificación de una práctica con objeto de que se emita una declaración de exención. Este tipo de peticiones suelen hacerse por las empresas para evitar que se abran procedimientos sancionadores en casos dudosos, con la ventaja además de que mientras se pronuncia la Comisión, la actividad que en el ínterin pueda desarrollar la empresa queda inmunizada frente a cualquier declaración sancionadora. También es posible que el expediente se inicie mediante una denuncia en la que se reclame la investigación de un supuesto incumplimiento del Tratado por empresas operadoras en cualquier mercado. Un elemento muy importante de este procedimiento es que la Comisión que recibe las peticiones de las empresas interesadas no está obligada a pronunciarse. Tiene competencia para archivar. Lo puede hacer con una discrecionalidad absoluta que algunas Sentencias del Tribunal de Primera Instancia han avalado (Sentencias *Automec*, de 18 de septiembre de 1992, y *BENIM v. Comisión*, de 24 de enero de 1995). Una matización importante a estas competencias discrecionales de archivo y no examen de conducta se ha dado en la Sentencia de *Telecinco y otros v. Comisión*, de 15 de septiembre de 1998.

**604.**  
Alegaciones previas  
al archivo.

Cuando la Comisión tramita las peticiones o denuncias y, tras un análisis preliminar, se dispone a desestimarlas, es preciso que previamente solicite los datos necesarios para estudiar el problema, que envíe ulte-

riormente una carta al denunciante indicando las razones por las que va a producir una decisión desestimatoria y que le permita ulteriormente formular alegaciones. En la resolución definitiva se habrá de contestar por la Comisión también a las alegaciones que el interesado formulara.

El procedimiento de investigación plantea problemas interesantes respecto de las atribuciones que tiene la Comisión para recabar datos y verificar su exactitud, o incluso para exigirlos imperativamente.

Las competencias en este sentido que tenía reconocidas el viejo Reglamento n.º 17, así como las contempladas en el Reglamento 1/2003 y las previstas en nuestro Derecho por los artículos 40 y siguientes de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la Comisión Nacional de la Competencia, son realmente muy importantes e incisivas en la libertad y la propiedad de las empresas.

En el ámbito del Derecho comunitario se han planteado algunos problemas singulares. Las solicitudes de información se dirigen a los gobiernos o a las empresas y asociaciones. La solicitud puede ser de las denominadas simples. Requieren estas que en un plazo que se determina expresamente se formule una respuesta a las cuestiones que la solicitud concreta. En la solicitud se expresan los fundamentos jurídicos y materiales del requerimiento. Una variante distinta es la solicitud mediante decisión obligatoria. Se utiliza esta cuando la solicitud simple no ha producido los efectos requeridos o no se han comunicado en plazo o se han suministrado de forma incompleta los datos reclamados. En tal caso, la Comisión requiere para el cumplimiento obligatorio de la solicitud, enunciando además las sanciones que pueden imponerse a la empresa si no facilita la información o lo hace de un modo inexacto. Cuando se formula una reclamación de ese tipo las empresas no pueden negarse a facilitar la información a la Comisión ni siquiera bajo el pretexto de que lo que se solicita sea confidencial.

Además de la información directa también se puede por los agentes de la Comisión verificar o inspeccionar las empresas a la búsqueda de pruebas de su conducta anticompetitiva. Tales actuaciones se realizan a través de agentes de la Comisión o por las autoridades nacionales. La Comisión está habilitada para acceder a los locales, terrenos, medios de transporte o comprobar libros.

Las verificaciones, como las solicitudes de información, pueden ser simples o mediante decisión. Esta última añade a la primera la obligatoriedad. El régimen a que tienen que atenerse las mismas exige una fundamentación suficiente y la indicación concreta del objeto y el fin de la investigación (*National Panasonic*, de 26 de junio de 1980).

**605.**

*Obtención de datos: solicitud simple u obligatoria.*

**606.**

*Inspecciones.*

**607.**

*Obligatoriedad.*

**608.**  
Entradas en locales  
y oficinas.

Ya se ha indicado que los poderes de verificación atribuidos a la Comisión la habilitan especialmente también para la entrada en los locales u oficinas de las empresas. La delimitación de estas importantes atribuciones está explicada especialmente en la Sentencia *Hoescht*, de 21 de septiembre de 1989: con carácter general debe tenerse presente la libertad de domicilio que consagra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha de ser respetado también en las intervenciones de las autoridades comunitarias, siempre que se produzca cualquier resistencia del interesado. Otros derechos afectados por estas investigaciones pueden ser el de no declarar contra sí mismo o el derecho al mantenimiento de la confidencialidad de las relaciones entre los abogados y sus clientes, recogidos también como derechos que deben ser respetados en las actuaciones de investigación (*vid.*, entre otras, Sentencia *AM. & S. v. Comisión*, de 18 de mayo de 1982, y *supra*) cuando hemos tratado de la obtención de información por los reguladores.

**609.**  
Procedimiento  
contradictorio.

El procedimiento se desarrolla en términos de contradicción, a los efectos de que la empresa pueda defenderse de las imputaciones que se le formulan. El esquema a que se atiene, en este punto, la Comisión es el clásico del Derecho sancionador: hay pliego de cargos, derecho a obtener información completa del expediente (Sentencias del TPI *Cimenteries CBR*, de 18 de diciembre de 1992, y *Hércules II*, de 8 de julio de 1999), formulación de alegaciones por parte de los imputados, que incluso pueden formularse oralmente. Las matizaciones a estas reglas generales resultan del deber de la Comisión de no revelar, al exhibir el expediente, datos o secretos esenciales (Sentencia del TJ *Hoffmann-La Roche*, de 13 de febrero de 1979), combinado con la imposibilidad de escudarse en el carácter confidencial del expediente para vulnerar el principio de igualdad de armas, lo que impone un equilibrio que se logra poniendo a disposición del imputado, al menos, una lista de los documentos que obran en el expediente.

**610.**  
Resolución formal,  
comfort letter  
y archivo.

Los expedientes de investigación concluyen con una resolución que puede ser una declaración negativa respecto de la existencia de una práctica colusoria o de una empresa en posición dominante. También puede consistir en una decisión de exención individual en la que, a pesar de tratarse de una práctica colusoria de alguna empresa, se otorga excepción a la aplicación de las reglas de la competencia. Junto a estas formas básicas de terminación de los expedientes, existen otras menos formalizadas como las cartas de compatibilidad (*comfort letters*) o el archivo puro y simple del expediente previa constatación liminar de que no se está ante una práctica prohibida. También el pro-

cedimiento puede concluir mediante acuerdo de la Comisión con la empresa.

Cuando, en fin, al término del procedimiento se constata la existencia de una infracción, la Comisión acuerda igualmente su penalización con multas de diferente cuantía, reguladas pormenorizadamente en los artículos 23 («multas sancionadoras») y 24 («multas coercitivas») del Reglamento 1/2003. La contradicción es también regla en este procedimiento (artículo 27).

b) *La legislación española de defensa de la competencia*

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, recogiendo principios que ya estaban en la anterior Ley 16/1989 y, sobre todo, las regulaciones comunitarias que acaban de examinarse, ha establecido todas las especialidades de los diversos procedimientos en materia de defensa de la competencia, sin perjuicio de mantener (artículo 45) la supletoriedad de la LRJAP de 26 de noviembre de 1992.

No desarrollaremos en este lugar el análisis de los procedimientos de actuación y tampoco los de tipo sancionador (artículos 49 y siguientes), que son los más pormenorizadamente regulados y de cuyas especialidades se dará cuenta cuando sea pertinente, en el volumen siguiente.

Los esquemas en materia de procedimiento (incluidos en el Título IV de la Ley) se basan en una distinta determinación de los plazos de actuación, su cómputo y su suspensión (artículo 37); las facultades de la Comisión Nacional de la Competencia, con gran desarrollo de las atribuciones relativas a la inspección (artículo 40) y la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos (artículo 41). Al régimen de estas potestades nos referiremos específicamente más adelante. Se regulan los principios generales de los procedimientos en materia de competencia: tratamiento de información confidencial, deber de secreto, archivo de actuaciones, prejudicialidad (artículos 42 a 46) y recursos (artículos 47 y 48).

De los procedimientos a los que se refiere la Ley, los que cuentan con una regulación más pormenorizada son el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas (artículos 49 a 54); el procedimiento de control de concentraciones económicas (artículos 55 a 60), y el régimen de infracciones y sanciones, que se establece en la Ley a partir del artículo 61.

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, donde se desarrollan las reglas

concernientes a los procedimientos indicados y, especialmente, los relacionados con «conductas de menor importancia», concentraciones económicas, ayudas públicas y promoción de la competencia.

### 3. LA INICIATIVA EMPRESARIAL PÚBLICA

#### A) **Neutralidad constitucional, neutralidad comunitaria sobre la propiedad pública o privada de las empresas**

El artículo 128.2 de la Constitución dice: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención pública de empresas cuando lo exigiere el interés general».

Estos dos incisos del artículo 128.2 contienen dos habilitaciones a favor de los poderes públicos que implican un régimen jurídico bastante diferente: la primera se refiere a la facultad de los poderes públicos de programar y ejecutar cualesquiera iniciativas en la actividad económica, consistan estas en regulaciones de intervención o de fomento a la empresa privada, o de creación de empresas con capital público o de participar en el capital de empresas privadas. La facultad a que alude, en segundo lugar, el artículo 128.2 es la de acordar reservas de recursos o servicios esenciales, o intervenciones de empresas.

Nos referimos en este epígrafe exclusivamente a la primera cuestión.

El párrafo que analizamos no establece directamente ninguna restricción a las iniciativas empresariales de los poderes públicos. Pueden referirse aquellas a cualquier objeto, sin más limitación inicial que las competencias de la Administración que adopta la decisión correspondiente. No puede aprovecharse la potestad de iniciativa económica para crear empresas a las que encomendar tareas que, por su dimensión territorial, o por su contenido material, extravasan las competencias del poder público actuante (v.gr., una sociedad mercantil municipal para la gestión de una autopista de interés general).

Las limitaciones materiales a la creación de empresas públicas son mucho más difíciles de concretar. No hay en la Constitución ninguna declaración a la que sea posible acogerse para concluir que algunas funciones públicas no se pueden organizar en régimen de empresa mercantil. En este sentido, no creemos que los artículos 9, 23, 103, 106, 149.1.18.<sup>a</sup> y 153.a), principalmente, contengan, como se ha pre-

#### 612.

*Iniciativa pública económica y artículo 128.2 CE.*

#### 613.

*Relación de la iniciativa con las competencias de la entidad que la ejerce.*

#### 614.

*¿Límites a la utilización instrumental de las empresas?*

tendido, una «reserva de Derecho Administrativo» (R. PARADA, S. DEL SAZ). Tampoco que haya en la Constitución base suficiente para establecer que el régimen administrativo se aplica a las funciones administrativas (artículo 103) y el mercantil a las actividades empresariales (artículo 38) como ha sostenido L. PAREJO.

No sería fácil decidir, además, a qué régimen jurídico concreto remitiría esa reserva constitucional a favor del Derecho Administrativo, porque esta es una disciplina académica que estudia instituciones en continua evolución.

Si lo que se pretende sostener es que las funciones públicas de carácter no económico tienen que ejercerse sometidas a un régimen jurídico especial, distinto del Derecho Privado común, seguramente hay buenas razones para reclamarlo, pero en la Constitución no resulta evidente el apoyo a esa pretensión. Esta idea del régimen jurídico especial o de la prerrogativa con que los poderes públicos deben actuar, separándose de las reglas generales del Derecho Privado forman parte de la herencia del Antiguo Régimen y de nuestra tradición administrativa durante todo el período constitucional hasta hoy. Ese régimen especial es el Derecho Administrativo cuyas instituciones se han formado en el continente europeo en los dos últimos siglos, con especial protagonismo del Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos francés. Recordemos incidentalmente que cuando el famoso *arrêt Blanco*, de 8 de febrero de 1873, dijo que «la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado, por daños causados a los particulares... no puede ser regida por los principios del Código Civil», estaba creando «histórica y conceptualmente, la base del Derecho Administrativo francés» (G. VEDEL). Impresión en la que coincide toda la doctrina. En aquella ocasión, el Tribunal de Conflictos dijo, tomando como base las Leyes de 16-24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año III, que dichas pretensiones de responsabilidad tienen que ser resueltas exclusivamente por la autoridad administrativa, declaración con la que puso en circulación uno de los «*mythes fondateurs du droit administratif*» (G. BIGOT).

En la Constitución hay muchos rastros de los mitos clásicos del Derecho Administrativo (legalidad, régimen estatutario de los funcionarios, acceso a la función pública según el mérito y la capacidad, régimen especial de responsabilidad, control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pero ninguna indicación concreta de qué funciones deben ejercerse necesariamente con sometimiento a dicho régimen jurídico especial.

### 615.

*El régimen jurídico-administrativo y sus excepciones en la organización y actividad de las Administraciones Públicas.*

La indicación, que tanto menudea en algunas exposiciones de que cómo la Administración pública tiene que servir con «objetividad los intereses generales» (artículo 103.1 CE) ha de ajustar su actividad a un régimen jurídico especialmente formalizado en el que las decisiones puedan ponderarse y controlarse cuidadosamente, también es una afirmación indiscutible, pero las modernas instituciones del Derecho Mercantil (podría decirse del Derecho Público de la economía con más precisión) imponen también a las grandes corporaciones empresariales cautelas y controles semejantes.

Por otra parte, en fin, la evolución de la organización y actividad de las Administraciones públicas en la segunda mitad del siglo xx ha demostrado con cuánta frecuencia algunas funciones públicas que se consideraban tradicionalmente insusceptibles de ser ejercidas acogiendo a fórmulas procedentes del Derecho Privado han terminado utilizando algunas de sus instituciones (v.gr., algunas funciones sanitarias; la función de recaudación tributaria).

Para nuestra mentalidad de europeos continentales resulta completamente absurdo pensar que el ejército, la policía o la justicia se administren a través de empresas mercantiles, pero en la Constitución no hay ni una sola indicación de que no puedan usarse técnicas jurídico-mercantiles para la gestión de tales servicios.

En el debate sobre la renombrada «huida del Derecho Administrativo» se han mezclado, a nuestro juicio, demasiados conceptos y problemas que precisan ser tratados separadamente: a) Los interrogantes que planteó a mediados del siglo xx (no parece que pueda seguirse afirmando lo mismo en la actualidad) la utilización instrumental del Derecho Privado por la Administración, radicaban en la posible pérdida de controles y garantía de objetividad de las decisiones; pero esta no es una cuestión obstativa sino que reclama de los poderes constituidos imponer límites y crear controles adecuados. b) La utilización de técnicas procedentes del Derecho Mercantil para gestionar algunos servicios públicos puede ser recomendable si sirve para que ganen eficiencia y se mejore el servicio a los intereses generales. c) La creación de una entidad mercantil sometida enteramente al régimen, por ejemplo, de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, para prestar un servicio que conlleva funciones de autoridad, es improcedente, no porque exista una reserva constitucional de Derecho Administrativo, sino por dos razones más simples: primera, porque las propias leyes de sociedades regulan entidades con finalidad de lucro que actúan en el mercado, y no órganos y funciones administrativas; y segundo, porque las normas que atribuyen poderes o pre-

rrogativas de autoridad lo hacen siguiendo un régimen de reparto de competencias entre órganos de la Administración, y no es pensable que, por inadecuada, se pueda incluir en el reparto de competencias a una empresa mercantil. Declaraciones como la que figura en el artículo 251 de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, que prohíbe que sean objeto de contratación actividades que supongan el ejercicio de funciones de autoridad tienen más que ver con las consideraciones anteriores que con la aplicación de principios constitucionales.

En conclusión, la iniciativa para crear empresas se ha de constreñir esencialmente a la «actividad económica». He aquí la más importante expresión constitucional en que debe apoyarse la reducción de aquellas decisiones públicas a un ámbito material determinado. Así delimita exactamente la facultad el artículo 128.2 CE. Lo que no excluye, insistimos, en fin, el empleo de técnicas mercantiles o de Derecho Privado para organizar o gestionar otros servicios; por una razón de elemental coherencia con las peculiaridades de la Administración pública, aquel uso será siempre instrumental y adaptando las instituciones a las conveniencias de cada servicio.

Dentro de la «actividad económica» la Constitución no establece ninguna restricción ni a la creación de empresas por la Administración ni a la participación en obras de capital privado. Puede decirse, en este sentido, que la Constitución es neutral. Aunque esta neutralidad, contrastada con otras prescripciones de la Ley Fundamental, resulta matizada unas veces a favor de la empresa pública y otras en su contra:

1.º A favor, porque la iniciativa empresarial pública puede aparecer combinada con la reserva al Estado de algún servicio esencial, lo que le permitiría ejercer la actividad mercantil correspondiente en posición de exclusividad.

2.º En contra, porque muchas medidas financieras, relativas a la transparencia de las relaciones con el accionista y de contratación solo se aplican a las empresas públicas que como, además, por determinación del artículo 38 de la Constitución, tienen que actuar siempre en el «marco de la economía de mercado», pueden verse situadas en posiciones de inferioridad competitiva con las empresas privadas en algunos sectores relevantes. Un condicionamiento fundamental que afecta a las iniciativas empresariales de las Administraciones públicas es que siendo estas organizaciones al servicio de los intereses generales (artículo 103.1 CE), siempre será necesario que los expedientes relativos a la creación de empresas justifiquen de alguna manera el interés

**617.**

*La iniciativa empresarial se refiere a la «actividad económica».*

**618.**

*Iniciativa y reservas.*

**619.**

*Inferioridad competitiva de las empresas públicas.*



general que está implicado en tal decisión (la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 contiene un razonamiento, en este sentido, que abrió la línea jurisprudencial hoy dominante al respecto).

El obligado sometimiento de empresas públicas y privadas (salvo los casos de reservas adoptadas en virtud del artículo 128.2 CE, o del otorgamiento de regímenes privilegiados o exclusivos, de acuerdo con el artículo 86.2 del Tratado CE) al mismo régimen determina la igualdad de condiciones que la Constitución impone a la actuación de todas las empresas, sea quien sea su propietario, con las matizaciones que acaban de expresarse.

El principio de neutralidad y la igualdad de condiciones de actuación tienen en el ámbito del Derecho comunitario europeo connotaciones algo diferentes.

La cuestión de la neutralidad se planteó cuando se elaboraron los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas. Los Estados del Benelux se mostraban especialmente preocupados por la competencia a que iban a someterse sus empresas privadas en sectores que en otros Estados europeos estaban dominados por grandes monopolios públicos empresariales. P. P. VAN GEHUCHTEN ha señalado que esta preocupación había sido objeto de debates desde 1946. Pero, en verdad, aquellos solo se referían a lo que disponen al respecto los informes de los jefes de Delegación, anteriores a la Conferencia de Viena. Se trataba de establecer que la integración económica europea tendría que hacerse dejando a salvo las opciones de cada Estado a favor de las empresas públicas. Lo importante es que, cualquiera que fuera la dimensión de cada sector público, las empresas se sometieran a iguales reglas de competencias en los mercados.

El origen de la regulación del principio de neutralidad está en la Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950. El artículo 83 del Tratado CECA lo recoge a nivel normativo por primera vez. En cuanto al Tratado CE, la propuesta fue presentada por el Comité de Redacción el 5 de diciembre de 1956 (*«Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des moyens de production existant dans la Communauté»*). Después, fueron, como se ha dicho, los jefes de Delegación los que adoptaron la redacción definitiva de lo que sería durante años el artículo 222 del Tratado CEE, actualmente artículo 345 TFUE, que escueta y claramente dice que los Tratados «no prejuzgan en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros».

La interpretación del precepto está asentada pacíficamente desde siempre y no ha sido objeto ni de debates jurisprudenciales ni de

**620.**  
Orígenes del  
principio de  
neutralidad.

**621.**  
Consagración en el  
Tratado CEE.

declaraciones que puedan ser destacados. En los que insisten siempre, sobre todo, las Sentencias del Tribunal de Justicia que utilizan o han debido aplicar dicha regulación, es que la indiferencia del Tratado con respecto al régimen público o privado de la propiedad, no exime de su aplicación en lo demás. Cuestión extremadamente importante y que ha servido para aclarar en repetidas ocasiones que las empresas públicas, por ejemplo, deben cumplir todos los preceptos referidos a las libertades comunitarias y, desde luego, atenerse a las reglas de la libre competencia (por ejemplo, Sentencias *Fearon*, de 6 de noviembre de 1984; *Konle* de 1 de junio de 1999, *Comisión v. Italia*, de 20 de marzo de 1983; *Comisión c. Italia*, de 21 de marzo de 1991, y *Portugal v. Comisión*, de 29 de marzo de 2001).

Las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo presentadas el 3 de julio de 2001, referidas a tres asuntos (que, no obstante, han sido objeto de Sentencias separadas: asuntos C-367/98, 483/99 y 503/99), pretendieron dar un nuevo enfoque a la significación del artículo 295 que, sin embargo, no ha prosperado en la jurisprudencia del Tribunal.

El Tribunal de Justicia hubo de resolver la compatibilidad con el Derecho comunitario de diferentes regulaciones de los Estados que, con ocasión de las privatizaciones de empresas, reservaban al Estado diversas facultades de control. Normalmente se articulan atribuyendo poderes políticos especiales a las participaciones accionariales, muy minoritarias, que se reserva el Estado. Son las denominadas «acciones de oro» (*golden shares*). En España, la regulación de esta materia se llevó a cabo por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones en determinadas empresas. El fundamento en que se apoya la sobrevaloración de sus títulos consiste, según el legislador, en asegurar que el interés público va a seguir siendo atendido en la misma medida por la empresa privatizada. Como «sustitutivo de la propiedad de capital social», el legislador usó la alternativa de someter a autorización previa determinados acuerdos y actos de las mercantiles privatizadas. Con diferentes formulaciones, la misma reserva se había hecho en Portugal en la Ley 11/1990, de 5 de abril; en Francia mediante el Decreto 93-1298, de 13 de diciembre de 1993, con ocasión de la privatización de *Elf-Aquitaine*, y en Bélgica mediante Decreto de 10 de junio de 1994, también con ocasión de la privatización de la *Société Nationale des Transports par Canalisations*. El Tribunal de Justicia se pronunció con las Sentencias de 4 de junio de 2002, sobre los contenciosos de otros Estados y, mediante la Sentencia de 13 de mayo de 2003, sobre España. En general, considera que las acciones de oro son contrarias al Derecho comunitario, especialmente por-

**622.**

*Sometimiento al Tratado como las privadas.*

**623.**

*Golden shares.*

que establecen medidas de intervención que no son proporcionadas al fin perseguido, no se fundan en criterios objetivos y se articulan a través de autorizaciones previas que habilitan extensos poderes discrecionales que son ejercitables sin suficiente predeterminación normativa, obstaculizando la facultad de libre decisión de las empresas.

Por tanto, también puede sostenerse que la neutralidad del Tratado en materia de propiedad de las empresas es un obstáculo a posiciones de control público en empresas privadas que incurran en los vicios indicados.

Pero traemos esta jurisprudencia sobre las acciones de oro a este lugar porque, como ya se ha indicado, el abogado general Ruiz-Jarabo pretendió, en sus conclusiones generales, que el problema fuese enfocado no desde la perspectiva de la libre circulación de capitales, como hizo la Comisión y haría luego el Tribunal, sino como una proyección del artículo 295. La cuestión, en su criterio, sería decidir si este artículo, que declara la neutralidad del Tratado respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros, tiene que ser entendido en un sentido jurídico-privado, alusivo a la titularidad de las empresas, o, por el contrario, como expresivo también de la indiferencia del Tratado con los diferentes tipos de intervenciones que los Estados pudieran acordar sobre las empresas para hacer efectivos objetivos de política económica. En definitiva, propiedad pública e intervención pública serían instrumentos alternativos de la acción estatal que, para el artículo 295 del Tratado (actualmente 345 TFUE), según el abogado general, debían considerarse igualmente indiferentes o neutrales. Afirmó, en este sentido, que las «normativas de intervención pública en la actividad de determinadas empresas, con la finalidad de imponer objetivos de política económica, se equiparan a formas de titularidad de las empresas cuya configuración corresponde a los Estados miembros en virtud del artículo 295».

Como ya hemos indicado, la interpretación no fue acogida por el Tribunal de Justicia. Hubiera supuesto una nueva comprensión del artículo 295 muchísimo más favorable a la no aplicación del Derecho comunitario a las medidas estatales de intervención económica en las empresas.

#### B) Sometimiento de las empresas públicas a la libre competencia

En la Constitución de 1978 se somete toda la actividad empresarial, pública o privada, al «marco de la economía de mercado» (artículo 38), uno de cuyos componentes esenciales es la competencia. La Senten-

**624.**  
*Neutralidad e  
intervención  
pública en  
empresas privadas.*

**625.**  
*Economía de  
mercado como  
marco de la  
iniciativa  
empresarial pública  
o privada.*

cia del Tribunal Constitucional 225/1993, de 8 de julio, considera la competencia como «un elemento decisivo de la economía de mercado». La libertad de empresa, dice la misma Sentencia, ha de ejercerse «en condiciones de igualdad pero también, por otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado».

En el artículo 345 TFUE la indiferencia que se declara respecto del régimen de propiedad que exista en cada Estado miembro se expresa sin perjuicio de recordar la preeminencia y aplicación del Tratado en todo lo demás.

Para las empresas públicas esto supone, como ya hemos advertido, la necesidad de cumplir en su integridad las reglas del Tratado: por un lado, las que consagran las cuatro libertades básicas y, por otro, y sobre todo, las reglas relativas a la competencia.

Esta última exigencia despliega una enorme variedad de consecuencias. Resumidamente: atenerse a la prohibición de monopolios comerciales (artículo 31), abstenerse de celebrar los acuerdos y prácticas anticoncurrenciales prohibidas por el artículo 81; no abusar de la posición dominante en el mercado común (artículo 82), justificar debidamente los casos en que algunas empresas se apartan de las reglas anteriormente citadas en materia de competencia por tratarse de monopolios fiscales o empresas que gestionan servicios de interés general, en los términos estrictamente permitidos por el artículo 86.2, y finalmente, abstenerse de ayudar financieramente a las empresas que les pongan en condiciones más favorables para competir (la fórmula prohibitiva general está en el artículo 87 que se incompatibiliza con el mercado común «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones»).

A todas estas cuestiones nos hemos de referir de forma separada en epígrafes sucesivos. Añadiremos ahora, nada más, que la prohibición de monopolios comerciales que resulta del artículo 31 —actualmente, artículo 37 TFUE— («Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, de iure o de facto, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros.

**626.**

*Aplicación de las reglas de la competencia: consecuencias.*

**627.**

*Progresiva eliminación de los monopolios.*

Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros») no ha supuesto la inmediata adecuación de todos los monopolios concedidos a las empresas públicas. El Tribunal de Justicia aclaró debidamente (es emblemática la Sentencia *Sacchi*, de 30 de abril de 1974), que la progresiva eliminación de los monopolios establecida en el viejo artículo 37 del Tratado CE no se refería a los monopolios de servicios, sino a los monopolios que tenían por objeto transacciones comerciales.

Antes de la integración de España en la Comunidad Europea, a pesar de que, como hemos dicho, el sometimiento de las empresas públicas a la competencia ya resultaba de lo establecido en el artículo 38 de la Constitución, ni había práctica alguna al respecto ni instrumentos adecuados para garantizar aquel sometimiento a la competencia.

Después de la primera etapa de duda, la primera Sentencia del Tribunal Supremo importante, conteniendo una doctrina detallada sobre la materia, es la de 10 de octubre de 1989, dictada en el caso *Iniciatives*, en la que se destaca, muy especialmente, la perfecta adecuación a la Constitución de la concurrencia de empresas públicas y privadas en un mismo sector del mercado, y la correlativa exigencia imperativa de igualdad de condiciones y respeto a la libre competencia.

La Sentencia citada, de 10 de octubre de 1989 (*Iniciatives*), sienta una doctrina que ha sido muy reiterada en resoluciones posteriores. Es pertinente recordar sus pronunciamientos porque se refiere a la creación de empresas por las entidades locales, habilitada por el artículo 86.1 LRRL, que aplica a aquellas la iniciativa pública reconocida en el artículo 128.2 de la Constitución. El precepto constitucional citado, explica el Tribunal, «proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ambas el mismo rango constitucional».

Pero el Tribunal Supremo establece como condicionamientos que deben observarse al ejercer la iniciativa pública económica los dos siguientes: primero, que responda al interés público, que siempre ha de concurrir porque lo imponen tanto el artículo 103.1 CE en relación con cualquier actividad administrativa, como el artículo 31.2 en relación con la aplicación del gasto público. Esta exigencia «no es compa-

### 628.

En España:  
Sentencia  
*Iniciatives de 1989*.

### 629.

Condiciona-  
mientos de la  
iniciativa pública  
económica, según  
el TS.

tible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación». Por otro lado, con invocación directa de las regulaciones comunitarias que tenemos estudiadas y, especialmente, la regulación concerniente a ayudas y a la igualdad de condiciones de las empresas públicas en cuanto al sometimiento al Derecho de la competencia, la Sentencia es explícita en el sentido de que tanto el Derecho comunitario como el español «exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción, público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado...» (en términos similares, las SSTS de 26 de febrero de 2002, 4 de julio de 2003 y 22 de abril de 2005).

**630.**  
*Igualdad sin privilegios.*

Naturalmente, la iniciativa económica que conduzca a la creación de empresas ha de llevarse a término a través del procedimiento legalmente especificado que, en el caso de los entes locales, es el que determina el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, en cuya virtud hay que constatar la conveniencia y la oportunidad de la medida en un expediente incoado específicamente (SSTS de 1 de febrero de 2002 y 21 de abril de 2005). Como estableció la Sentencia *Iniciatives*, de 10 de octubre de 1989, debe motivarse y delimitarse con precisión el objeto de la sociedad. Dicha Sentencia proscribió la «ambigüedad, la inconcreción, la vaguedad, la imprecisión, la indefinición y la indeterminación de la concreta o concretas actividad o actividades que hubiese de desarrollar la nueva sociedad».

**631.**  
*Respeto a las reglas de procedimiento.*

Dos cuestiones complementarias que plantea la iniciativa pública empresarial son, primera, si debe coincidir exactamente con las competencias de la Administración pública que la decide (la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1994, de 24 de febrero, asunto *La Almoraima*, aceptó que la actividad empresarial pueda tener justificaciones no derivadas de las competencias de la Administración titular de la empresa, aunque, pese a tal afirmación, estableció diversas consideraciones sobre la imposibilidad de burlar los repartos competenciales utilizando prácticas o principios de Derecho Privado). Y, segunda, si es posible que las empresas creadas por entidades locales o autonómicas extiendan su actividad fuera del territorio de la Administración que las instituyó o que participa mayoritariamente en ellas. Algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia han aceptado la extraterritorialidad de la actividad de las empresas locales (Sentencia de 30 de octubre de 1998 del

**632.**  
*Ámbito competencial de la Administración titular de la empresa.*

**633.**  
*Extraterritorialidad.*

Tribunal de Castilla-La Mancha; de 3 de julio de 2002 del Tribunal de Valencia, y la Sentencia 105/1999, de 28 de enero, del Tribunal extremeño), criterio que también han sostenido las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005 y 27 de abril de 2006.

Complementariamente, aunque en un sentido contrario al que acaba de exponerse, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han establecido que la municipalización de servicios, excluya o no totalmente el establecimiento de empresas privadas para que puedan prestarlos en el término municipal, no puede tener en ningún caso efectos extraterritoriales: SSTS de 8 de noviembre de 1988, 9 de mayo de 1996, 17 de junio de 1999, 26 de enero de 2000, 23 de enero de 2000, 21 de mayo de 2001, 13 de febrero de 2002, 9 de diciembre de 2002, 9 de julio y 11 de noviembre de 2003.

### C) El concepto económico o funcional de empresa y su aplicación a organismos administrativos

El Derecho comunitario europeo ha tenido que esforzarse en precisar el concepto de empresa pública para poder aplicar la regulación establecida en el artículo 106 TFUE, que utiliza aquella noción repetidamente. En su párrafo 1 prohíbe a los Estados adoptar o mantener medidas contrarias al Tratado en relación con sus «empresas públicas y aquellas a las que concedan derechos especiales o exclusivos». Y el párrafo 2 alude a las empresas encargadas de la gestión de servicios de carácter general para establecer en qué medida pueden separarse de las reglas sobre libre competencia establecidas en el Tratado.

Teniendo en cuenta las prescripciones del Tratado, se comprende que para ejecutar exactamente su disciplina el primer problema con que se enfrenta la interpretación del artículo 106 es, precisamente, el de saber qué es una empresa pública.

Es evidente que no existe un concepto universal de empresa pública aplicable en todos los Estados miembros de la Comunidad. Las regulaciones difieren de un Estado a otro, y varían, incluso, en sus aplicaciones por los diferentes entes territoriales dentro de un mismo Estado. Las fórmulas empleadas dependen de circunstancias históricas y políticas, de tradiciones administrativas o de orientaciones organizativas particulares de cada Estado.

En las conclusiones presentadas el 4 de noviembre de 1986 en el asunto 118/85 (*Comisión v. Italia*), resuelto por la Sentencia de 16 de junio de 1987, el abogado general Micho hizo un análisis muy expre-

#### 634.

*El concepto de empresa a los efectos del artículo 86.1 del Tratado.*

#### 635.

*Diversidad de criterios.*

sivo de las diferencias de trato que podrían resultar de aplicar las diferentes nociones sobre la empresa pública que rigen en los ordenamientos nacionales.

Decía el abogado general que si se tomara el criterio de la personalidad jurídica separada como elemento esencial de la definición de la empresa pública, no se aplicaría la Directiva 80/723 sobre transparencia de las relaciones financieras con las empresas públicas a la Administración Autónoma de Monopolios del Estado (AAMS) en Italia, que actúa en el sector de los tabacos manufacturados, pero sí se aplicaría al «*Service d'Exploitation Industrielle des Tabacs et des Allumettes*» (SEITA) que desempeña en Francia una función análoga.

Los ferrocarriles daneses, constituidos como dirección general de un ministerio, estarían sometidos a la Directiva, mientras que el *Deutsche Bundesbahn* (los ferrocarriles alemanes), constituido bajo la fórmula de un «patrimonio especial» («*Sondervermögen*») y dotado de cierta autonomía de gestión, pero sin personalidad jurídica, no se vería afectado. Por la misma razón, no quedarían incluidos los correos alemanes (*Deutsche Bundespost*), pero sí la *Régie des Postes* y la *Régie des Télégraphes et Téléphones* belgas, que habían sido constituidas como *Régies d'État* dotadas de personalidad jurídica. En la propia Bélgica la distribución del gas y la electricidad se hace comúnmente a través de *régies communales*, que no están dotadas de personalidad jurídica. Pero si el mismo servicio se gestiona a nivel intermunicipal, se presta por asociaciones de Derecho Público que sí están dotadas de personalidad jurídica.

En Italia existen incluso diferencias dentro de la categoría de las *Amministrazioni autonome* del Estado: algunas están dotadas de personalidad jurídica mientras que otras carecen de ella.

Por encima de los regímenes jurídicos particulares, lo que resulta imprescindible, a los efectos de la correcta aplicación del Derecho comunitario, es identificar todos los casos en los que los poderes públicos, usando o no entes instrumentales personificados, intervienen en el mercado libre compitiendo con las empresas privadas. No siempre estas operaciones se hacen utilizando la fórmula de sociedad mercantil, sino organismos públicos sometidos a regímenes distintos, incluso de Derecho Público, que actúan en el tráfico con los mismos objetivos de las empresas.

La aproximación más firme a la problemática de las empresas públicas desde el punto de vista de la competencia se hace por primera vez en la Directiva 80/723 de la Comisión, de 25 de junio de 1980 (conocida como la Directiva «transparencia»).

**636.**  
Criterios posibles  
para la definición  
de la empresa  
pública.

**637.**  
Directiva  
transparencia.



La Directiva fue aprobada usando la habilitación del artículo 86.3 (entonces 90.3) del Tratado CE en favor de la Comisión, que le confiere la responsabilidad de velar por la aplicación de lo establecido en el artículo 86, dirigiendo a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas «en tanto fuere necesario» (las referencias a los artículos 86 y ss. del TCE hay que entenderlas hechas ahora a los artículos 106 y ss. TFUE). La modificación más reciente de aquella norma la ha llevado a cabo la Directiva 2000/52 de la Comisión, de 26 de julio de 2000, que se refiere sobre todo a las condiciones de transparencia de las contabilidad de las empresas que reciben recursos financieros públicos. Más adelante, en este capítulo, nos referiremos específicamente a esta cuestión.

**638.**  
*Financiación  
adecuada al  
mercado común.*

La Directiva de 1980, que en este punto se mantiene sin modificación, recuerda la neutralidad del Tratado respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros y la importancia de las empresas públicas en la mayoría de ellos. La Comisión advierte de su obligación de garantizar la compatibilidad del funcionamiento económico de dichas empresas con el mercado común, pero destaca la dificultad de intervenir en este ámbito dada «la complejidad de las relaciones financieras de los poderes públicos nacionales con las empresas públicas». Para la Directiva, una empresa pública es:

«cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.»

**639.**  
*Influencia  
dominante.*

La clave de la definición es la existencia de una «influencia dominante». Como este dato no siempre es fácil de establecer, la Directiva ofrece algunas claves para presumir su existencia. Hay influencia dominante cuando los poderes públicos: «a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa».

En la Directiva la transparencia de 1980, que se acaba de anotar, el concepto de empresa pública era todavía estrictamente orgánico, alude a un complejo instrumental que se caracteriza por no funcionar con arreglo a un patrón organizativo que es el tradicional de las compañías y sociedades mercantiles.

Esta noción, sin embargo, sería abandonada inmediatamente.

No obstante, la prudencia con la que la Comisión se ha aproximado al concepto de empresa pública, no pudo evitar una impugnación casi masiva de la Directiva referida. La recurrieron, en efecto, ante el Tribunal de Justicia, la República francesa, la República italiana y el Reino Unido, y el Tribunal de Justicia conoció de estas impugnaciones en los recursos 188 a 190, resueltos por Sentencia de 16 de julio de 1982.

Seguramente, sin embargo, es en la Sentencia *Comisión v. Italia*, de 16 de junio de 1987, donde el problema del concepto de empresa pública y el control de sus relaciones financieras con los poderes públicos, nociones que se emplean en la Directiva, aparecen más ampliamente debatidos y resueltos por el Tribunal.

El asunto surgió porque la Comisión solicitó a la República italiana información sobre las relaciones financieras del Estado con empresas públicas de los sectores del automóvil, construcción naval, fibras sintéticas, máquinas para la industria textil y tabacos manufacturados. En este último sector, el Gobierno italiano manifestó a la Comisión que no estaba obligado a comunicar las cuentas anuales porque la Administración Autónoma de Monopolios del Estado (AAMS), que actúa en el sector de tabacos manufacturados, no puede ser considerada como una «empresa pública», sino como perteneciente a la categoría de los poderes públicos.

Los términos del debate jurídico, resumido excelentemente en las conclusiones del abogado general, resultan extraordinariamente ilustrativos.

Para el Gobierno italiano, la Administración de los Monopolios es un «poder público»; por lo tanto, no puede constituir al mismo tiempo una «empresa pública». Quería el Gobierno italiano decir, evidentemente, que puede atender la prestación de servicios públicos directamente, sin utilizar formas empresariales.

El abogado general Micho probó, convincentemente, que el criterio de distinción entre poderes públicos y empresas públicas no se debe buscar en la noción de servicio público sino en el carácter industrial y comercial de los entes públicos. Esta distinción entre actividades de autoridad y actividades empresariales tiene cierta raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, Sentencias de 17 de diciembre y 26 de mayo de 1982 —*Comisión v. Bélgica*— y de 3 de junio de 1986 —*Comisión v. Francia*—).

Las consideraciones más interesantes de esta jurisprudencia están hechas cuando se ha pretendido ante el Tribunal que califique como

**640.**

*Los organismos públicos pueden ser considerados «empresas».*

**641.**

En la medida en que una entidad administrativa ejerce actividades económicas puede ser considerada «empresa».

«empresa» a un organismo de carácter público. La primera aproximación a este problema está en la Sentencia de 30 de abril de 1974 (*Sacchi*). El Tribunal de Justicia no aceptó el argumento de los Gobiernos italiano y alemán de que los entes de televisión no sean empresas en el sentido del Tratado. Resolvió el Tribunal que en la medida en que un ente ejerce actividades de naturaleza económica cae dentro de las disposiciones del artículo 90 (luego 86 TCE, ahora 106 TFUE), aunque no se constituya con la forma específica de una empresa mercantil. Problemas similares están planteados en la Sentencia de 18 de junio de 1975 (*IGAV/ENCC*), donde se vuelve a afirmar que las actividades comerciales de un organismo público, ya sea autónomo o no, están sometidas a los artículos 81 y 82 (101 y 102 TFUE). Y principios similares se reiteran en la Sentencia de 20 de marzo de 1985 (*Italia v. Comisión*).

La conclusión es bastante evidente: en el contexto de las normas de la competencia prevalece un concepto de empresa pública basado antes que en un criterio estrictamente orgánico en un enfoque puramente económico o funcional.

**642.**

Del criterio orgánico de empresa al concepto económico o funcional.

La doctrina se reafirma en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ulteriormente. A partir de la Sentencia de 22 de mayo de 1961 (*SNU-PAT v. Alta Autoridad*), el Tribunal definió la empresa pública usando el concepto de personalidad jurídica. La doctrina también siguió esta definición. Pero la situación ha cambiado radicalmente. En la Sentencia *Hydrotherm*, de 12 de julio de 1984, con apoyo en otras anteriores (que vienen de la Sentencia *Société des Aciéries du Temple*, de 16 de junio de 1966), se dice que «el concepto de empresa en el contexto del derecho de la competencia, debe entenderse como que designa a una entidad económica», aunque «desde el punto de vista jurídico esta unidad económica esté constituida por varias personas». Esta jurisprudencia se sitúa en el marco de otras muchas sentencias que se han visto obligadas a imputar la responsabilidad o los resultados de acciones en materia de competencia, a empresas o establecimientos distintos de los que aparecen actuando a primera vista (es la técnica que llamamos entre nosotros del levantamiento del velo de la personalidad con la que actúa en estos casos el Tribunal). Por ejemplo, Sentencia de 14 de julio de 1972 (*ICI/Comisión*): «La circunstancia de que la filial tenga una personalidad jurídica distinta no es suficiente para descartar la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad madre» (sobre ello también Sentencias de 25 de noviembre de 1971 —*Bégelin import*— y 12 de julio de 1984 —*Hydrotherm*—).

En la importante Sentencia *Comisión v. Italia*, de 16 de junio de 1987, cuyos antecedentes y debate jurídico han quedado expuestos,

el Tribunal rompe decididamente con la supuesta rigidez de la distinción entre actividades de autoridad y actividades mercantiles, al menos en el sentido de que las primeras deban ser necesariamente desarrolladas por entes públicos o por la organización administrativa directa, mientras que las actividades mercantiles tengan que ser cumplidas por sociedades o empresas de capital público. A los efectos del control sobre las relaciones financieras entre el Estado y los organismos que desarrollan actividades mercantiles, poco importa el dato de que dichas actividades se desarrollen concretamente a través de empresas. El Tribunal lo explica en los siguientes términos:

«No importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante.»

Resuelta esta cuestión, el Tribunal rechaza el argumento, esgrimido por el Gobierno italiano, de que sea preciso, para que los poderes públicos ejerzan su influencia sobre una empresa pública, que las dos entidades sean jurídicamente distintas. No es necesario que la organización dependiente que desarrolla actividades mercantiles tenga una existencia separada, una personalidad jurídica propia. El Tribunal afirma que la Directiva 80/723 sobre transparencia de las relaciones financieras quedaría inutilizada si su aplicación dependiera de que los órganos estatales tuvieran o no una personalidad jurídica distinta de la del Estado. «En efecto —dice la Sentencia— según la fórmula jurídica elegida por los Estados miembros, las actividades económicas de carácter industrial o comercial de determinados órganos estatales estarían contempladas en la Directiva, mientras que las de otros órganos no. Además, la aplicación de la Directiva en lo que se refiere a una misma actividad, diferiría de un Estado miembro a otro, en función de la forma jurídica que cada Estado miembro atribuyera a las empresas públicas que ejercen tal actividad».

Las conclusiones de la Sentencia son, por tanto, que un organismo público, que no se haya constituido con forma de empresa mercantil, puede ser una empresa pública a los efectos del Tratado. Por otro lado, que la existencia o no de una personalidad jurídica distinta de la del Estado es «irrelevante para decidir si un órgano puede considerarse como una empresa pública». Y, en fin, a los efectos de la transpa-

### 643.

*No es necesario que tenga personalidad jurídica propia.*

rencia de las relaciones financieras, es indiferente que el órgano que ejerce las actividades económicas de carácter industrial o comercial esté integrado en la Administración del Estado y confundido dentro de la misma en una sola persona jurídica.

#### D) **La igualdad de condiciones financieras de las empresas públicas y privadas**

En el Derecho comunitario ha tenido también un amplísimo desarrollo la cuestión de la financiación de las empresas públicas y privadas. Ya hemos señalado que el Tratado es neutral respecto de la propiedad de las empresas. Pero no lo es respecto de su comportamiento en el mercado, que exige que esté sometida a condiciones de igualdad.

Algunos aspectos de esta igualdad (prohibiciones de pactos colusorios, abusos de la posición dominante) no son excesivamente difíciles de identificar y corregir. Sin embargo, el de la financiación en condiciones de igualdad, que destacamos en este apartado, parece un empeño casi imposible.

Porque la empresa de capital público depende de organismos públicos que se nutren del presupuesto del Estado o de otras Administraciones públicas, cuya capacidad de generar recursos es prácticamente ilimitada. Aunque se les prohibiera mantener proyectos empresariales sin futuro o ruinosos, las propias condiciones de partida de un inversor público y de un inversor privado parecen imposibles de igualar.

Lo que la Comunidad ha corregido hasta ahora en este difícil propósito es lo que explicamos a continuación. Dejaremos aparte, sin embargo, para tratarlo más adelante el tema importantísimo de la financiación desigual y compatible con el Tratado de las empresas que gestionan servicios públicos.

La Comisión, como hemos dicho ya, empezó a preocuparse más pormenorizadamente del problema de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas a partir de la Directiva 80/723 sobre transparencia de dichas relaciones. La legalidad de dicha Directiva fue establecida por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 6 de julio de 1982, que también hemos examinado. Fundamentalmente, se apreció en esta Sentencia la potestad de la Comisión, basada en el artículo 86.3 (actualmente, 106.3 TFUE), para dictar normas aclaratorias del papel que las empresas públicas pueden asumir en la economía europea. Se preocupaban dichas normas de que la Comisión conociera los flujos financieros entre los Estados miembros y

**644.**  
*Privilegios del  
inversor público.*

**645.**  
*Regulación del  
problema en la  
Directiva  
«transparencia».*

sus empresas. Pero no estaban precisados los criterios que debía emplear la Comisión para decidir cuándo una relación financiera de apoyo o ayuda era contraria al mercado común.

Sin embargo, casi simultáneamente con estas decisiones se forma en la Comunidad el principio del inversor en una economía de mercado como parámetro fundamental para examinar la legalidad de estas ayudas.

A partir de 1981 el Consejo adoptó el aludido principio en dos ocasiones, al aprobar la Decisión de la Comisión de 7 de agosto de 1981 (Industria siderúrgica) y al aprobar la Directiva sobre construcción naval de 28 de abril del mismo año. Luego ha utilizado las mismas concepciones en otras normas sobre los mismos sectores. El Parlamento, al ratificar las Directivas sobre construcción naval, ha aprobado proyectos basados sobre el mismo principio.

La Comisión, por su parte, ha usado muchas veces el principio del inversor en una economía de mercado para decidir si existía o no ayuda a una empresa beneficiaria de fondos públicos. Las primeras y más significativas ocasiones fueron la Decisión *Leeuwarden* de 1982, la Decisión *CDF/ORKEM* de 1990, la Decisión *ENI-Lanerossi* de 1989 y otras muchas.

Los pormenores de la aplicación de dicho principio han conocido un desarrollo enormemente meticuloso en las Comunicaciones de la Comisión de 1984 y 1991 que más adelante comentaremos.

Pero está en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la justificación fundamental de esta doctrina.

En la Sentencia *Sociedad Anónima Intermills v. Comisión*, de 14 de noviembre de 1984, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre las advertencias que la Comisión había hecho al Gobierno belga sobre algunas ayudas programadas para la empresa Intermills. Después de algunos intercambios de información, la Comisión consideró que la ayuda otorgada por el Gobierno belga podría alterar los intercambios entre los Estados miembros. Las ayudas otorgadas implicaban un plan de reestructuración y una toma de participación por la región valona en el capital, por un total de 350 millones de francos belgas en la explotación de tres sociedades, además de un préstamo bonificado y una toma de participación en el capital social de Intermills por 1.500 millones de francos.

La Comisión constató que la ayuda otorgada bajo la fórmula de toma de capital no estaba directamente vinculada a la reestructuración de la empresa sino que se trataba de «ayuda de salvaguardia». Estima

**646.**

*El principio del inversor privado en una economía de mercado.*

**647.**

*El caso Intermills.*

**648.**

*«Ayudas de salvaguardia».*

que este tipo de ayuda «puede conllevar por su naturaleza un atentado particularmente grave a las condiciones de competencia pues el libre juego de las fuerzas del mercado exigiría normalmente el cierre de la empresa, lo que permitiría a los concurrentes más competitivos desarrollarse». La operación podría admitirse, a juicio del Tribunal, cuando viniera acompañada de un plan de reestructuración.

En la Sentencia *BOCH*, de 10 de julio de 1986 (asunto 40/85), el Tribunal ha dicho que «una forma apropiada de averiguar si la medida constituye ayuda de Estado es aplicar el criterio... consistente en determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener estos fondos en los mercados privados de capital. En el caso de una empresa cuyo capital está casi enteramente en manos de las autoridades públicas, se trata en particular de determinar si en circunstancias similares un accionista privado, con vistas a obtener un beneficio y prescindiendo de consideraciones sectoriales y de política social y regional, hubiera suscrito el capital en cuestión».

**649.**

Remisión a los  
«mercados privados  
de capital».

Esta jurisprudencia está hoy firmemente establecida y ratificada en muchas sentencias más. En los asuntos *ALFA/FIAT* y *Lanerossi* (asuntos 305/89 y 303/88), el Tribunal ha precisado aún más el principio del inversor en una economía de mercado distinguiendo entre el inversor con expectativas a corto plazo, incluso especulativas, y el inversor con perspectivas a más largo plazo.

Dice el Tribunal, usando estos criterios, lo siguiente: «Un inversor privado puede inyectar nuevo capital para asegurar la supervivencia de una empresa que tiene que hacer frente a dificultades temporales, pero que, en su caso, tras una reestructuración, volverá a ser rentable. Durante un determinado tiempo, una empresa matriz también puede cargar con las pérdidas de una empresa filial para permitir a esta última retirarse del sector en las condiciones más favorables. Tales decisiones pueden estar motivadas no solo por la posibilidad de obtener un beneficio directo, sino también por otras consideraciones, como el mantenimiento de la imagen de todo el grupo o para reorientar sus actividades. Sin embargo, cuando las nuevas inyecciones de capital son ajenas a toda posibilidad de rentabilidad, aun a largo plazo, esas inyecciones deben ser consideradas como ayudas».

**650.**

Expectativas de  
beneficio con la  
financiación.

Una decisión muy expresiva, que recoge además toda la doctrina anterior, es la Sentencia del TJ de 16 de mayo de 2002 (asunto C-482/99, *República Francesa v. Comisión*) en la que el Tribunal, siguiendo una exposición excelente del abogado general Jacobs, anula una Decisión de la Comisión que había considerado ayudas

determinados préstamos y capitalizaciones a una empresa por parte de obra integrada en un grupo público, porque «aplicó erróneamente el principio del inversor privado en una economía de mercado». En este caso por no haber analizado la operación en el contexto de la época en la que fue acordada.

La Comisión ha dictado dos Comunicaciones que, aunque se hayan dejado sin efecto y aplicado solo en términos de referencia interpretativa, ha ilustrado de los muchos problemas que plantea la cuestión que estamos estudiando. La primera es de 1984 y la otra de 1991.

Se refiere esta Comunicación especialmente al problema de las tomas de participación por los organismos públicos en el capital de las empresas.

Tipifica, como punto de partida, la Comunicación, cuatro situaciones en las cuales los organismos públicos pueden ser llevados a tomar participación en el capital de las empresas: 1.º cuando la empresa se crea; 2.º con ocasión de la transferencia total o parcial de la empresa del sector privado al público; 3.º por aportaciones de capital o de dotaciones convertidas en capital de empresas ya existentes y pertenecientes al sector público; y 4.º por aumento de capital de empresas pertenecientes al sector privado.

En el marco de estas situaciones, la Comunicación contempla los siguientes supuestos diferenciables:

— La simple adquisición parcial o total de activos de una empresa existente sin aportación de capital, no constituye una ayuda respecto de dicha empresa.

— No hay ayudas de Estado cuando hay aportación de capital nuevo en la empresa si esta aportación es realizada «en circunstancias que serían aceptables para un inversor privado operando en las condiciones normales de una economía de mercado». Por el contrario se trata de ayudas de Estado cuando hay aportaciones de capital nuevo a las empresas si se realizan en circunstancias que no serían aceptables para un inversor privado «en las condiciones normales de una economía de mercado».

Partiendo de estas formulaciones, positiva y negativa, la Comunicación de la Comisión se detiene en especificar una serie de casos en los que no hay ayudas y otros en los que la aportación de capital cabe ser considerada como una ayuda.

**651.**

*Comunicaciones de la Comisión.*

**652.**

*Adquisiciones de activos.*

**653.**

*Aportaciones de capital.*



**654.**

*Tomas de capital en condiciones normales de mercado.*

Respecto de lo primero, no existe ayuda, por ejemplo, cuando se toma participación en empresas nuevas si los poderes públicos aplican los criterios de un aportador de capital en las condiciones normales de una economía de mercado. O cuando las aportaciones de capital nuevo se corresponden con inversiones nuevas o con costes directamente vinculados a las mismas. O cuando el sector en el que la empresa ejerce su actividad no está sobredimensionado y la situación financiera de la empresa es sana. O, en fin, cuando el aumento de la participación en el capital de los poderes públicos es proporcional a la cuota de capital que los mismos ostentan y se corresponde con las aportaciones efectuadas por los demás accionistas privados.

**655.**

*Condiciones que no son de mercado.*

En cuanto a lo segundo, existen ayudas de Estado, por tratarse de circunstancias que no serían aceptables para un inversor privado, en los casos en que la situación financiera de la empresa, y principalmente la estructura y el volumen de su endeudamiento son tales que no se puede esperar un rendimiento normal de los capitales invertidos en un tiempo razonable. O cuando la empresa, teniendo en cuenta su margen bruto de autofinanciación, no podría obtener por sí misma en el mercado de capitales los medios financieros necesarios para efectuar un programa de inversión. O, en fin, en el supuesto de que la retribución del capital invertido en la empresa es menor que la retribución que puede esperarse con la colocación de la misma cantidad, por un tiempo similar, en el mercado de capitales.

Tomando como referencia estos criterios generales, la Comunicación que comentamos recuerda las obligaciones que derivan de las directrices que establece para los Estados miembros, en relación con la información que deben remitir a la Comisión a los efectos del ejercicio de las funciones de verificación y control que corresponden a la misma.

La Comunicación 91/C273/02, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 18 de octubre de 1991, profundiza y desarrolla con mucho pormenor los contenidos de la Comunicación de 1984, ampliándolos con el análisis de otros supuestos de ayuda a las empresas públicas distintos de las aportaciones de capital.

La Comisión insiste en la utilidad, a efectos de lograr la mayor transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas con los organismos públicos, del principio del inversor en una economía de mercado. La Comisión se enfrenta a un problema que se ha venido haciendo clásico en relación con el control comunitario de las ayudas a las empresas públicas. Ya hemos dicho antes que el control de la trans-

**656.**

*Discriminaciones financieras de empresas públicas.*

parencia de las relaciones financieras de las empresas públicas busca sobre todo la aplicación a ultranza del principio de igualdad. Pero los condicionamientos exagerados de los métodos de financiación de las empresas públicas usados ordinariamente en todos los Estados miembros, pueden llevar a dichas empresas a una situación de desmerecimiento o de inferioridad por relación a las oportunidades financieras con que cuentan las empresas privadas. Es decir, por consiguiente, que una aplicación desmesurada de los controles sobre la financiación de las empresas públicas, puede situarlas en posiciones de desventaja en el mercado.

Esta paradoja fue apuntada por algunos Estados miembros, con ocasión de la impugnación de la Directiva de 1980 sobre transparencia, asunto que fue resuelto, sin entrar demasiado a fondo en la objeción, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 1982 (*vid.* también la insistencia de Francia en este argumento, atendido por el Tribunal, en el debate que dio lugar a la Sentencia *Francia v. Comisión*, de 16 de mayo de 2002).

En la Comunicación de 1991, la Comisión fue sensible a esta crítica, que ha tratado de abordar con argumentos relativamente convincentes. Por ejemplo, que el principio del inversor en una economía de mercado es un criterio práctico para decidir qué inversiones públicas pueden considerarse ayudas. También, que la Comisión «no se propone, ni se ha propuesto en el pasado, sustituir el criterio del inversor por el suyo». Reconoce, en este sentido, que el análisis de los riesgos de cualquier inversión «implica un amplio margen de apreciación por parte del inversor». Tampoco pretende la Comisión, según las confesiones de la Comunicación que comentamos, establecer un control a priori de las decisiones de inversión pública, sino solamente verificar a posteriori si los Estados comunican todas las ayudas. Para impedir que pueda pensarse de la Comisión que pretende sustituir la política de inversión de los organismos estatales responsables, tiene cuidado en precisar que su valoración de las inversiones-ayudas no se hace estimando tan solo el éxito o el fracaso de cada inversión en particular. Sería, en efecto, muy simple calificar como ayuda toda inversión que ha tenido un rendimiento nulo o inferior al normal, y estimar, por el contrario, que son inversiones aceptables, no constitutivas de ayuda, todas las demás. Pero una distinción de tal género no tendría en cuenta los riesgos inherentes de toda inversión. La Comunicación asume, por tanto, la existencia de esos riesgos y acepta que las inversiones puedan ser tales, y no ayudas, aun en el caso de que su rendimiento sea inferior al normal o constituyan incluso «un absoluto fracaso».

**657.**

*¿Qué decidiría un  
inversor privado?*

En fin, todo lo anterior se resuelve concluyendo que no es posible aplicar el principio del inversor en una economía de mercado de una forma dogmática o inflexible, sino concediendo a los operadores nacionales «un amplio margen de discrecionalidad». El principio del inversor se aplica cuando no quepa la menor duda de que la aportación de fondos solo se explica como una ayuda. En tales casos, lo mismo da, a los efectos de la calificación, que la aportación sea directa de fondos procedentes de organismos públicos, o bien que se trate de fondos transferidos, dentro de un grupo de empresas públicas, de unas empresas a otras, para desarrollar proyectos sin rentabilidad.

**658.**  
*«Margen de discrecionalidad».*

Establecidos todos los principios generales que se han expuesto, la Comunicación entra, en fin, en las diferentes formas de intervención estatal, que pueden resumirse y valorarse del siguiente modo:

1.º Aportaciones de capital. La regla general establecida en la Comunicación es que «se considera que una aportación de capital constituye ayuda cuando se efectúa en unas condiciones que no resultarían aceptables para un inversor privado que operase en condiciones normales de mercado». Un inversor privado aporta capital si el beneficio que se espera obtener del proyecto es superior a la aportación nueva.

**659.**  
*Aportaciones de capital.*

El problema fundamental que plantean las aportaciones de capital no rentables es cuando deben hacerse por mandato de la legislación del Estado miembro correspondiente, que es normal que establezca la obligación de aportar capital a las empresas cuyo capital haya descendido por razón de pérdidas continuas. Esta obligación legal no empece a que la aportación sea considerada ayuda si se dan las demás circunstancias ya expresadas. También en estos casos debe medirse la expectativa de negocio. Si no es esperable ningún beneficio, lo aconsejable sería no aportar capital, sino liquidar la empresa o reconvertirla de alguna manera. Sin estas medidas, las aportaciones de capital son ayudas.

No es fácil, en fin, como la Comunicación revela, la valoración de la situación económica de cada empresa, tanto para determinar sus pérdidas y ganancias, como para manejar los demás indicadores financieros, que pueden ser reflejados de forma económica y contablemente diferente según las legislaciones de los Estados miembros. La Comunicación, no obstante, tiene en cuenta estas diferencias e indica que debe medirse pormenorizadamente con ocasión del análisis de cada empresa en concreto.

**660.**  
*Garantías.*

2.º Garantías. La postura de la Comisión sobre garantías se concretó en la Comunicación formulada el 5 de abril de 1989, modificada por carta del 12 de octubre del mismo año, en relación con las garan-

tías crediticias. El principio general es que «todas las garantías ofrecidas por el Estado, directamente o por medio de entidades financieras, están comprendidas en el ámbito del apartado 1 del artículo 92 del Tratado». La obtención de una garantía, aunque no se use, es un apoyo a la empresa, que le permite continuar sus actividades compitiendo desigualmente con las que no disfrutan de esa ventaja. Es una ventaja, incluso en este sentido, la que disfrutan las empresas que no pueden legalmente declararse en quiebra; esto equivale a una ayuda permanente sobre todos sus préstamos.

3.º Préstamos. Para valorar cuándo los préstamos son ayudas se tienen en cuenta los dos parámetros que sirven siempre para medir el riesgo inherente a toda operación de préstamo: a) el tipo de interés aplicado; b) la garantía exigida para otorgar el préstamo. Si el riesgo es excesivo, o la garantía no es adecuada, la operación de préstamo puede ser una ayuda. Hay que examinar, por tanto, en cada caso, cómo se aplican los dos parámetros indicados, teniendo en cuenta la situación económica o patrimonial, el volumen de negocio y los demás indicadores de cada empresa.

**661.**  
*Préstamos.*

4.º Rendimiento de las inversiones. El Estado debe aspirar también a obtener, de sus inversiones de capital, un rendimiento normal. El tipo de rendimiento, según el criterio de la Comunicación, «se calculará por los beneficios (después de la amortización y antes de la imposición fiscal y de los gastos) expresados en porcentajes sobre los activos invertidos». Si dicho rendimiento no es previsible y la empresa pública no ha adoptado ninguna medida para subsanar la situación, se debe entender que la empresa está recibiendo una ayuda indirecta del Estado «que renuncia a unos beneficios que todo inversor en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital».

**662.**  
*Rendimiento de  
inversiones.*

Cualquier empresa privada que tuviera un rendimiento insuficiente haría un plan para mejorar su rentabilidad. Una empresa pública que no lo haga está incurriendo en una práctica contraria a lo normal en el mercado, que solo se explica en el contexto de una posición de ventaja o de ayuda proveniente del presupuesto público.

Es indiscutible el valor de la Comunicación sin perjuicio de que no se hayan utilizado formalmente sus criterios siempre, como exposición panorámica de los problemas que plantea la calificación o no como ayudas de algunas clases de relaciones financieras. Con este propósito ejemplificativo hemos expuesto sus criterios. Al régimen más general de las ayudas, en el marco del Derecho comunitario de la competencia, nos referiremos más adelante (infra 4, F).

#### 4. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LAS REGLAS DE MERCADO

##### A) Fundamentos

De cuanto se ha explicado en los apartados precedentes puede concluirse que el «marco de la economía de mercado», uno de cuyos componentes esenciales es la competencia, impregna todas las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a empresas públicas o a empresas privadas. Respecto de estas, el mercado y sus reglas imponen límites a la actuación de los poderes públicos. En relación con las primeras, incluso la propia decisión de fundarlas y desde luego su gestión ordinaria, tiene que atenerse a ese principio de igualdad y de competencia.

A los poderes públicos, según acabamos de explicar, les queda la oportunidad de sustraer el tráfico jurídico ordinario recursos y servicios cuando se dan las condiciones del artículo 128.2 CE. Y, desde luego, pueden situar fuera del mercado todos los servicios de soberanía, de autoridad y sociales o de solidaridad que tienen un régimen propio consagrado en otros preceptos distintos de la Constitución.

La expansión de las reglas de mercado en un ámbito económico, el sector público empresarial y la intervención pública en las empresas privadas, en el que no eran tradicionales antes de la Constitución de 1978 (y después también, hasta que se inició la gran liberalización impulsada tras la integración en la Comunidad Europea), supone una revolución de gran alcance.

Pero el nuevo dominante, las reglas del mercado, se han extendido más allá del comportamiento ordinario de las empresas, y vinculan también, en determinadas ocasiones, a las decisiones de la Administración sometidas al Derecho Administrativo, es decir, a los reglamentos y actos administrativos.

Hay una aproximación posible a las razones de esta impregnación general de la actividad administrativa por las reglas de mercado, que resulta fácil de explicar; si el Derecho de la competencia prohíbe que, salvo casos excepcionales, los poderes públicos no pueden conferir a sus organismos o empresas derechos especiales o exclusivos, que les permitan desarrollar su actividad en el mercado de forma desigual y privilegiada, la vulneración de aquel derecho se produce no solo con la ocasión de la actuación de las empresas sino que también es imputable al poder público que mantiene, protege o no extingue los dere-

### 663.

*Aplicación de las reglas de mercado a actividades no sometidas al régimen jurídico-público.*

chos especiales o exclusivos de que disfrutaban. Lo que implica extender las exigencias de la competencia a los reglamentos y actos de la Administración.

Esta expansión del Derecho de la competencia ha implicado dificultades evidentes tanto en el Derecho comunitario como en el interno. No es solo una cuestión de tradición (las Administraciones públicas se ocupan de planificar la actividad económica y deciden cuándo un sector requiere una regulación especial, una actividad monopolizada o una empresa dotada de prerrogativas especiales), es que, además, el sometimiento de los actos administrativos al mercado exige utilizar para valorar su legitimidad principios económicos que no aparecen consignados en las leyes, que restringen su discrecionalidad, y cuya valoración, además, no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en primera línea sino, antes que a ella, a los organismos encargados de la defensa de la competencia. En fin, para completar las dificultades, en el Derecho comunitario, los artículos 101 y siguientes TFUE se refieren a empresas, y los actos administrativos malamente encajan en ese concepto. Sin embargo, tampoco estos escollos han sido difíciles de salvar. En este último ámbito interno porque las leyes reguladoras de la defensa de la competencia han incluido expresamente, como objeto de control, también las reglamentaciones y actos administrativos. Y en el Derecho comunitario, sin necesidad de modificar los artículos 101 y ss. TFUE porque el artículo 4.3 TUE impone a los Estados adoptar todas las medidas «generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados...» y abstenerse «de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión», reglas de las que la Comisión y el Tribunal de Justicia han concluido la posibilidad de declarar que vulneran el tratado los reglamentos y actos administrativos contrarios al Derecho de la competencia.

El camino no ha sido, sin embargo, fácil de recorrer.

En el caso español, las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia ya habían alcanzado en algunas ocasiones a reprobar algunas situaciones económicas amparadas en disposiciones y actos administrativos (en la época del Tribunal que bien podríamos calificar de despegue, por ejemplo, algunas resoluciones sobre colegios profesionales —Resolución de 30 de diciembre de 1993— o las Resoluciones *Parcesam*, de 20 de septiembre de 1993, y *Emovisa*, de 30 de octubre de 1993. Muy especialmente, la Memoria del Tribunal correspondiente a 1993).

**664.**

*Previsiones del Derecho comunitario y el interno.*

Pero la posibilidad de aplicar el Derecho de la competencia a las disposiciones y actos de la Administración, no prevista en la legislación inicial de defensa de la competencia, se incorporó a una norma legal en España a partir del Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica. Su artículo 15 modificó el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, entonces vigente, redactando su párrafo 1 del modo siguiente: «Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley o de disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley. Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

Con esta reforma (consolidada tras la Ley de 28 de diciembre de 1999 y confirmada en la Ley 15/2007, de 3 de julio) queda abierto al control del Tribunal de todas las decisiones de los poderes públicos que incurran en alguna práctica prohibida o ayuden a sostenerla, sin tener cobertura inmediata en una norma con rango de ley.

#### B) La doctrina de la «acción de Estado»

En el sistema jurídico con más tradición en materia de defensa de la competencia, el estadounidense, ha sido una regla común la aplicación de sus regulaciones también a las decisiones de la Administración. El ejemplo más antiguo y arraigado es el de la aplicación de las normas *antitrust* a las autoridades federales y estatales.

La aplicabilidad de la Ley Sherman de 1890 y sus desarrollos, contenidos sobre todo en la *Clayton Act*, a las decisiones de los poderes públicos se empezó construyendo en Estados Unidos sobre fórmulas negativas. La resolución de referencia es la Sentencia *Parker v. Brown* de 1943. De ella arranca la doctrina de la llamada acción del Estado. El contenido de esta doctrina es que la Ley *Sherman* no se aplica ordinariamente a las decisiones que adoptan los poderes públicos. El Tribunal Supremo fundó tal doctrina que en la *Sherman Act* no se hace mención alguna a los Estados como tales y no da ninguna señal de que intentara restringir la acción estatal o la acción oficial dirigida por el Estado. La Ley, según el Tribunal, es aplicable a las «personas». Concepto en el que incluye las empresas, y autoriza a demandar las vulneraciones de la competencia que produzcan las mismas.

665.

Parker v. Brown.

Pero, a partir de esta exclusión general, la Sentencia *Parker* y otras posteriores han establecido matizaciones diversas para aceptar que la excepción de «acción del Estado» pueda ser aplicada. De lo que se trata con estas precisiones es de concretar en qué supuestos es admisible que los poderes públicos sustituyan la competencia por las determinaciones especiales establecidas en una regulación estatal o local. Este tipo de decisiones no pueden aceptarse de modo incondicionado porque, en otro caso, sería imposible mantener un principio tan fundamental en el mercado como es la competencia.

La aplicación de la doctrina de la acción de Estado se restringe a aquellos en que concurren las siguientes circunstancias: primera, que sea claramente determinable la voluntad clara del Estado de desplazar la competencia. Como ha dicho la Sentencia *Southern Motor Carrier Rate Conference*, de 1985, «la inmunidad de *Parker* solo es aplicable cuando la conducta enjuiciada se lleva a cabo de conformidad con una política del propio Estado claramente articulada». En segundo lugar, la decisión tiene que ser adoptada por los órganos soberanos del Estado, por el legislativo en concreto, aunque también se admiten las decisiones de exclusión de la competencia adoptadas por las agencias o por las Entidades locales, cuando actúen en funciones puramente aplicativas o ejecutivas de decisiones del Estado. Respecto de las decisiones de ámbito local, destaca la doctrina establecida en los asuntos *Lafayette*, de 1978, y *Boulden*, de 1982. En el primero se aclara que los municipios no quedan con carácter general dentro del ámbito de la doctrina *Parker*, sino en la medida que sus acciones puedan reflejar la política estatal. Se afirma en este sentido que las ciudades no son soberanas y, por ello, no se deben tener con ellas la misma deferencia que con los Estados. En la Sentencia *Boulder*, relativa a una ordenanza que puso obstáculos al emplazamiento de una televisión por cable, el Tribunal Supremo dijo que dicha decisión municipal no quedaba exenta de examen *antitrust* «al menos que constituya acción municipal en cumplimiento o implementación de una política estatal claramente articulada y expresamente afirmada».

La doctrina de la acción de Estado está, con toda evidencia, conectada a las demás limitaciones que han sido tradicionales en Estados Unidos en relación con el control de las decisiones del ejecutivo por la Justicia. Pero nos interesa solo dejar destacadas la apertura a su control desde el punto de vista de la competencia.

La aplicación del Derecho de la competencia a las decisiones de los poderes públicos en el ámbito del Derecho comunitario ha dado lugar ya a una jurisprudencia extensa, cuyos exponentes iniciales fueron las

#### 666.

*Delimitación de los supuestos en que no se aplica el Derecho de la competencia a decisiones de los poderes públicos.*



Sentencias *Walt Wilhelm*, de 13 de febrero de 1969; *SA GB INNO BM*, de 16 de noviembre de 1977; secundadas por las Sentencias *Van Tiggele*, de 24 de enero de 1978; *Buys*, de 18 de octubre de 1979; *Rousel*, de 29 de noviembre de 1983; *Duphar* de 7 de febrero de 1984, etc.

Los desarrollos más importantes de esta jurisprudencia están en las muy conocidas Sentencias *Leclerc libros*, de 10 de enero de 1985, y *Leclerc petróleo*, de 29 de enero de 1985.

En la primera el Tribunal de Justicia comunitario juzgó la compatibilidad con el Tratado de una regulación nacional francesa que impone a los detallistas el respeto a un precio fijado por el editor o el importador para la venta de libros. El Tribunal francés que estaba conociendo en instancia de la aplicación de la Ley francesa preguntó al Tribunal de Justicia en vía prejudicial, si los artículos 3.f) y 10 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que prohíben el establecimiento en un Estado miembro, por vía legislativa o reglamentaria, de un sistema que obliga a los detallistas a vender los libros al precio fijado por el editor o el importador sin poder aplicar a dicho precio rebajas superiores al 5%.

El Tribunal contestó que de acuerdo con el artículo 3.f) son incompatibles con el Tratado y están prohibidos en virtud del artículo 81.1, todos aquellos acuerdos entre empresas, todas aquellas decisiones de asociaciones de empresas y todas aquellas prácticas concertadas, que son susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros y que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común y, particularmente, aquellos que consisten en fijar de forma directa o indirecta precios de compra o venta u otras condiciones de transacción.

La Sentencia valora que, en efecto, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas anticompetitivas que el Tratado prohíbe son los que se desarrollan por empresas o se practican entre empresas. Pero añade:

«Si es verdad que estas reglas se refieren al comportamiento de las empresas, y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, estos están no obstante obligados, en virtud del artículo 5.2 del Tratado, a no perjudicar con su legislación nacional la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario ni el efecto de los actos de ejecución de este, y de no adoptar o mantener en vigor medidas, incluso de naturaleza legislativa o reglamentaria, susceptibles de eliminar el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas.»

Es con este criterio, fundamentalmente, con el que se examina la posibilidad de que un Estado establezca una legislación que obligue a que la venta al público de los libros se haga a un precio fijado por el editor o el importador y se imponga a cualquier detallista. En determinadas circunstancias, que la Sentencia examina, admite la indicada posibilidad, que no reprueba necesariamente como contraria al Tratado.

La Sentencia *Leclerc* petróleo, antes citada, dictada unos días después de la anterior, repite respecto de la comercialización del petróleo los mismos principios: «tal y como lo ha señalado ya el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Leclerc*, de 10 de enero de 1985 (229/1983), los Estados tienen prohibido, en virtud del artículo 5.2 (actualmente 10.2) del Tratado, perjudicar con su legislación nacional la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y el efecto de los actos de ejecución de dicho ordenamiento, así como de adoptar o mantener en vigor medidas, incluso de naturaleza legislativa reglamentaria, que puedan eliminar el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas».

La lista de Sentencias ulteriores, que han mantenido la misma doctrina es realmente muy extensa y reiterativa en cuanto a los principios, sin perjuicio de que los casos examinados hayan variado mucho en cada uno de los supuestos examinados por el Tribunal.

Entre ellas, la importante Sentencia *ERT*, de 18 de junio de 1991, aun refuerza la argumentación basada en el artículo 10 (en las citas reproducidas se corresponde con el artículo 5 de la anterior numeración del Tratado CE), en relación con los artículos 81 y 82 del Tratado CE, para incorporar también, como justificación de la prohibición de normas o decisiones de los poderes públicos que mantengan situaciones contrarias a la competencia, lo que establece el artículo 86 del mismo Tratado, especialmente en su apartado primero. Dice la Sentencia que «aunque los artículos 85 y 86 (ahora 101 y 102 TFUE) se refieran a las empresas, ello no impide que el Tratado imponga a los Estados miembros no establecer o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dichas disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1» (ahora artículo 106.1 TFUE).

También son importantes en el mismo sentido las Sentencias *Meng*, de 17 de noviembre de 1993; *Ohra*, de 17 de noviembre de 1993; *Delta*, de 9 de junio de 1994; *Zentro Servizi Spediporto*, de 5 de octubre de 1995; *Corsica Ferries France*, de 8 de julio de 1998, etc. Todas ellas han insistido de algún modo en que aunque los artículos 81 y 82

**668.**

*Los Estados no pueden perjudicar con sus normas la aplicación de las reglas de competencia.*

**669.**

*Normas que mantienen situaciones contrarias a la competencia.*

(101 y 102 TFUE) se refieren solo a empresas, los Estados miembros están obligados, considerando lo establecido en el artículo 10 (artículo 4.3 TUE) y en relación con los preceptos antes citados, a no adoptar o mantener en vigor medidas de cualquier clase que puedan anular la eficacia de las normas sobre competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando el Estado impone prácticas colusorias o refuerza los efectos de dichas prácticas, o favorecen una práctica anticompetitiva, o perturban el efecto útil de los artículos 81 y 82 (101 y 102 TFUE).

### 670.

*Ampliación de los parámetros de control de los actos administrativos.*

En relación con la jurisprudencia norteamericana a la que antes hemos aludido, quizá la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario más próxima sea la concretada en decisiones que han excluido la aplicación del Derecho de la competencia a casos en que los poderes públicos han intervenido ejerciendo funciones de autoridad, revestidos de *imperium*, y no funciones económicas estrictas (por ejemplo, Sentencias *Pompes Funèbres*, de 4 de mayo de 1988, y *Lagauche*, de 27 de octubre de 1993).

El sometimiento de los actos administrativos al Derecho de la competencia supone la ampliación de los parámetros que pueden emplearse para su control y los órganos encargados de garantizar el cumplimiento del Derecho por la Administración, lo cual es una novedad de bulto en todo el Derecho Administrativo continental europeo y, desde luego, en el español.

Indiscutiblemente, los órganos reguladores de cada sector y, especialmente, el órgano de control de la competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia en nuestro caso, queda habilitado para fiscalizar reglamentos y actos administrativos con fundamento en el Derecho de la competencia. Habida cuenta el marco económico general que sirve de fundamento a las decisiones del Tribunal, a la fuerza usará parámetros de control extraordinariamente discrecionales que podrán sustituir los criterios que haya empleado al respecto la Administración activa. Se incorporarán de esta manera tests económicos al enjuiciamiento de las decisiones de la Administración.

## 5. REGULACIONES PARA ASEGURAR LA COMPETENCIA EN IGUALDAD DE CONDICIONES

### A) Acceso a redes, infraestructuras, instalaciones y servicios

En algunos mercados, la actuación de los operadores para poner a disposición de los usuarios los bienes y servicios que son la base de su negocio necesita ser desarrollada a través de infraestructuras, redes o

instalaciones de las que no son titulares o lo son de un modo parcial. Antes de que se ejecutaran las políticas de liberalización económica a finales del siglo xx, era común que estas infraestructuras e instalaciones fueran de titularidad estatal. Excepcionalmente en algunos sectores, como ha ocurrido en España con el sector eléctrico, la titularidad de las grandes líneas de transporte y distribución se mantuvo siempre en manos de empresas privadas. Cualquiera que fuera el régimen jurídico de la propiedad, los titulares de las infraestructuras se ocuparon acumuladamente de la prestación de los servicios correspondientes (el suministro de energía eléctrica a los consumidores finales o de la telefonía básica a través de las redes de los que la misma empresa era titular, o del servicio de transporte por ferrocarril a través de las líneas de las que era titular la misma empresa pública). La apertura a la competencia de estos sectores ha impuesto un cambio radical consistente en permitir que otros operadores distintos de los titulares de las redes puedan acceder a dichas infraestructuras a los efectos de poder ofrecer sus servicios en igualdad de condiciones y en régimen de competencia.

La transformación indicada ha exigido la implantación de reformas estructurales de diferente tipo: la legislación reguladora de cada sector ha impuesto, en algunos casos, la separación radical entre la titularidad de una infraestructura de red y la prestación de los servicios a través de la misma. En otras ocasiones, se ha mantenido la compatibilidad entre ambas actividades pero, en todo caso, imponiendo que cualquier operador distinto del titular de la red pueda acceder a ella y sea tratado de un modo completamente neutral, de forma que la competencia en el mercado se desarrolle sin desigualdades.

El principio a que responde la exigencia de apertura de las redes que acaba de enunciarse es que las infraestructuras que sean esenciales para poder llevar a los consumidores bienes y servicios tienen que ser accesibles para todos los operadores que quieran operar en el mercado correspondiente. No hacerlo así supondría una actuación contraria a la competencia. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia puede ser abordada la cuestión, y de hecho lo ha sido, tanto por la jurisprudencia norteamericana como por la jurisprudencia comunitaria europea y las propias decisiones de los órganos responsables de la vigilancia de la competencia en el mercado, europeos y estatales. En efecto, los titulares de infraestructuras y redes necesarios para la prestación de un servicio están en una posición de dominio. En sí misma esta situación no es ilegítima ni contraria a la competencia. Pero aprovecharla para impedir la entrada en el mercado de otros operadores es un abuso de esa posición, que los órganos encargados

**671.**

*Utilización de infraestructuras por operadores distintos de sus titulares.*

**672.**

*Titularidad y gestión de la infraestructura.*

**673.**

*Acceso a las infraestructuras y competencia.*

de tutelar la libre competencia han de reprobado y evitar inmediatamente. También es abuso de posición de dominio utilizar la titularidad sobre las indicadas instalaciones para cerrar el acceso a otros mercados secundarios abiertos a la competencia.

La apertura de las redes a todos los operadores que deseen utilizarlas es, pues, una imposición que deriva de los principios de la libre competencia. Se traduce en un derecho de cualquier operador a usarlas y en el deber de sus titulares de permitir el acceso. Tales posiciones jurídicas se conjugan mediante acuerdos de ambas partes y la negativa a celebrarlos y su legitimidad será, en su caso, analizada por los organismos supervisores de la competencia.

El acceso a las redes puede tener también una disciplina mucho más formalizada establecida en las normas que regulan cada uno de los sectores económicos en los que las infraestructuras de redes son esenciales para la prestación de servicios. Es decir, en estos casos el derecho de acceso a las redes, y el deber de facilitarlo, y los términos en que se ha de ejercer es objeto de normas que lo delimitan y concretan, de modo que la voluntad de las partes ha de ajustarse también a lo que en ella se establece.

No existen diferencias sustanciales entre el acceso a redes e infraestructuras fundadas en la libre competencia y el que resulta de lo establecido en las normas reguladoras de cada sector. El principio que está en la base del derecho/deber de acceso es siempre el mismo. Lo que se modula es la capacidad creativa que puede tener en uno y otro caso la voluntad de las partes. Y también, desde luego, que cuando el acceso se regula, además de preservar la competencia, se puede pretender la consecución de otros fines de interés general.

El fundamento común está en la doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities* en la jurisprudencia norteamericana). Expresa el referido deber del titular de una infraestructura necesaria para la prestación por otro de un servicio, de permitir el acceso a la misma por parte de este. La Comisión Europea se ha referido en alguna ocasión a la noción de instalaciones esenciales, en términos que podemos reproducir para apoyar la explicación en su autoridad. En la Comunicación de 22 de agosto de 1998 «sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones», define las instalaciones esenciales como «aquellas instalaciones e infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y que no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable» (apartado 68). Los

**674.**

Regulación del acceso a las infraestructuras.

**675.**

Doctrina de las instalaciones esenciales.

**676.**

Titularidad de infraestructuras esenciales y posición dominante.

titulares de estas instalaciones están en una posición dominante en el mercado correspondiente. Por ello, una empresa que controle una instalación esencial debe dar acceso a otros operadores, siempre que se den las siguientes circunstancias concurrentes: primero, que la instalación sea esencial; segundo, que disponga de suficiente capacidad; tercero, que el titular de la instalación no satisfaga la demanda en un mercado de servicios ya existente, bloquee la emergencia de un nuevo servicio o producto potencial, impida la competencia en un mercado ya existente o potencial de productos o servicios; además, la empresa solicitante del acceso debe estar dispuesta a pagar un precio razonable y no discriminatorio, y cuarto, que no exista ninguna justificación objetiva para denegar el acceso.

La explicación está hecha tomando como referencia únicamente las exigencias derivadas del Derecho de la competencia (abuso de la posición de dominio) aunque, como luego se verá, las condiciones que maneja la Comisión para delimitar el acceso a redes no son diferentes de las que ha acogido el legislador al regular esa institución.

También entre nosotros el Tribunal de Defensa de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) ha utilizado en alguna ocasión el argumento derivado del Derecho de la competencia, sin otras referencias normativas complementarias para justificar el acceso a redes. En su Decisión *McLane v. Tabacalera S.A.*, de 26 de mayo de 1997, afirmó lo siguiente: «una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquellas que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo». Se refiere al abuso de posición dominante y utiliza como refrendo de su posición lo que dijo la Comisión Europea en su Decisión en el asunto *SEA Containers v. Stena Sealinck*, de 1993.

Estas justificaciones del acceso a infraestructuras de redes apoyadas en el Derecho de la competencia entroncan con el ilustre antecedente de la jurisprudencia norteamericana recaída sobre la aplicación del artículo 2 de la Ley *Sherman*. El artículo 2 de la indicada Ley prohíbe monopolizar, intentar monopolizar o establecer cualquier clase de acuerdo para monopolizar cualquier parte del comercio entre varios Estados o con naciones extranjeras. Para respetar este mandato se ha considerado necesaria la imposición de limitaciones a la libertad de

**677.**

Decisiones de la  
CDC y de la  
Comisión Europea.

**678.**

Ley Sherman.

empresa, que siempre es el punto de partida para el desarrollo de cualquier actividad en el mercado. Una de esas limitaciones se refiere justamente a las *essential facilities*. Es decir, la apertura a otros operadores de instalaciones que otro operador monopoliza, a los efectos de que aquellos puedan prestar servicios. El Derecho de la competencia actúa como un límite a la libertad de empresa, sobre todo con la finalidad de evitar posiciones monopolísticas que puedan afectar al mercado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos no ha establecido una doctrina muy acabada sobre el régimen de las *essential facilities*. Pero los datos principales sí son claros: una *facility*, en el sentido que lo usa aquella jurisprudencia, es normalmente una infraestructura, casi siempre de red, como la necesaria para prestar el servicio de telecomunicaciones o de energía, pero también se incluyen en el concepto servicios u otras prestaciones como la distribución de periódicos o los almacenes de mercancías. Una *essential facility*, para serlo, tiene que plantear problemas serios para ser duplicada, sea por razones físicas, económicas o de pura eficiencia empresarial. Esta limitación es clara en el caso de los monopolios naturales: ocurre en estos casos que no pueden establecerse otras instalaciones iguales porque lo impide directamente la ley, porque fueron establecidos en su día con recursos públicos cuyo montante es disuasorio para los empresarios privados, o porque la inversión en estas instalaciones alternativas sería ineficiente. La instalación es esencial cuando los nuevos operadores no pueden entrar en el mercado sin utilizarla. Para que el derecho de acceso surja hay que solicitarlo y además estar dispuesto a abonar un precio por dicha utilización. La negativa a permitir el acceso puede tener justificación cuando, por ejemplo, no tiene el titular de la red capacidad suficiente para cumplir con prestaciones que él mismo ha pactado con sus clientes. El acceso a la red de nuevos operadores tiene que repercutir en la mejora de la calidad de los servicios, en su incremento, en los precios, etc. Esta doctrina está desarrollada en diversas Sentencias del Tribunal Supremo estadounidense, entre las que pueden citarse *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, de 1912 (relativa al acceso a instalaciones y líneas ferroviarias); *Associated Press y otros v. United States*, de 1945 (sobre redes de distribución de periódicos); *United States v. Griffith*, de 1948 (en relación con el acceso a salas de exhibición de cine); *Otter Tail Power v. United States*, de 1973 (sobre redes de transporte de electricidad), etc.

El desarrollo jurídico de la técnica del acceso a redes se ha producido, sin embargo, sobre todo, en los sectores regulados y con ocasión de la valoración por las comisiones o agencias reguladores indepen-

**679.**  
La noción de  
*essential facility* en  
la jurisprudencia  
norteamericana.

dientes o por los tribunales, de sus fundamentos, el contenido de los derechos y deberes que se generan, la resolución de conflictos, etc. En Estados Unidos, la primera regulación sectorial que permitió al Tribunal Supremo valorar si era compatible con la Constitución la imposición a las empresas del deber de dar acceso a otros operadores a sus instalaciones, dio lugar a la célebre e importante Sentencia *Munn v. Illinois*, de 1876. Como hemos señalado en un apartado anterior, la Constitución de Illinois había declarado *public warehouses* los almacenes de grano establecidos casi siempre en la proximidad de las estaciones de ferrocarril desde los que se distribuía el producto para su comercialización en otros Estados americanos y hacia Europa. Como continuación de esa declaración, una Ley de 1871 sometió a la actividad a licencia e impuso precios máximos a la actividad de manipulación y almacenamiento. Se trataba por tanto de una valoración de las condiciones que imponían los propietarios de una instalación esencial, los almacenes, a los empresarios que producían o comercializaban granos. El conflicto consistió en valorar la constitucionalidad de estas limitaciones a la libertad de empresa, lo que resolvió la Sentencia *Munn* con la argumentación que resume la siguiente declaración, extraída de la Sentencia, muchas veces repetida: «cuando la propiedad privada está destinada a un uso público, está sometida a regulación pública». Esta aseveración se tiene por el acta de nacimiento de la doctrina de las *public utilities* en Estados Unidos.

El Tribunal apeló a prácticas e instituciones procedentes del *common law*, entre las que estaba la figura del *common carrier*: el dueño de una instalación presta un servicio de almacenamiento y transporte a otro.

En los años sucesivos se seguiría utilizando la figura del *common carrier* para aplicarla a otras muchas actividades económicas como la telefonía o la telegrafía y así sucesivamente sin solución de continuidad hasta ahora.

En Europa, los problemas de acceso a redes han empezado a suscitarse fundamentalmente desde que se liberalizaron los sectores económicos en los que existen esas infraestructuras esenciales. Por tanto, la ordenación del acceso se ha hecho efectiva en virtud de las normas reguladoras correspondientes. En todas ellas se repite que el acceso a redes tiene que ajustarse a los principios de no discriminación, transparencia, objetividad, independencia y orientación a costes en cuanto a los precios, tarifas o peajes. El primero de ellos implica el establecimiento previo de las condiciones de acceso y de los supuestos en que puede acordarse la denegación. La transparencia se entiende en un sentido

**680.**

*La imposición del deber de dar acceso.*

**681.**

*Principios jurídicos a que se somete el acceso a instalaciones esenciales en Derecho comunitario.*



económico o financiero, e impone la llevanza de un régimen de contabilidad y de imputación de costes claro, que asegure la igualdad de trato y evite subvenciones cruzadas de cualquier clase; también impone la transparencia una motivación suficiente de cualquier decisión empresarial. La objetividad somete las decisiones al cumplimiento de reglas pre-determinadas que regulen el funcionamiento de la instalación, su acceso, los precios, etc., reduciendo la discrecionalidad a los supuestos en que circunstancias técnicas lo imponen o es necesario utilizarla para atender circunstancias imposibles de predecir. La independencia implica que las empresas que gestionan infraestructuras o instalaciones esenciales deben atender al hacerlo sus intereses propios y no los de los operadores de servicios que las utilizan. La orientación a costes significa que los precios o peajes tienen que ajustarse al coste de la prestación, al que se añade un margen de beneficio industrial razonable. Considerando la inexistencia de un mercado de accesos a instalaciones, la fijación del precio por el regulador debe seguir las pautas que estableció el Real Decreto 1651/1998, en relación con los servicios de telecomunicación, cuyo artículo 13 establece criterios para la fijación del coste real y para la valoración de las inversiones.

A los indicados principios añaden las regulaciones sectoriales la necesidad de observar, en cualquier decisión, el principio de proporcionalidad.

Casi todas las normas nacionales son, en relación con las soluciones adoptadas para resolver la cuestión de la implantación, gestión y utilización de las instalaciones esenciales, tributarias de las regulaciones comunitarias europeas. Las situaciones con las que esta normativa ha tenido que enfrentarse son variadas. De ellas ha hecho una clasificación F. J. VILLAR ROJAS, que es completa y está bien establecida. Los supuestos serían los siguientes: a) el derecho de acceso y uso de determinadas instalaciones y equipamientos; se da esta circunstancia en los sectores de las telecomunicaciones, electricidad, gas natural y servicios postales; b) la gestión conjunta o compartida por dos o más operadores de un recurso esencial: el supuesto más caracterizado es seguramente el de la gestión de la red de alta tensión por una sociedad mercantil, Red Eléctrica de España, en cuyo capital participan los productores de electricidad autorizados; pero también puede incluirse el caso de las sociedades estatales de estiba y desestiba en cuyo capital forma parte el Estado y las empresas estibadoras de cada puerto de interés general; asimismo, es el caso del uso compartido por los operadores autorizados de redes de telecomunicaciones situadas en el dominio público local; c) los supuestos en los que el titular de un bien

**682.**

*Diversidad de supuestos que se plantean desde la perspectiva de la gestión de la instalación esencial.*

tiene obligación de reservar una parte de su capacidad para la utilización por otros operadores: ocurre en el ámbito de la televisión digital; también puede incluirse en estos casos las normas que limitan la participación accionarial y los derechos de voto en algunas empresas gestoras de instalaciones esenciales.

Expondré seguidamente el estado de la regulación concerniente a cada uno de estos supuestos de compartición y utilización de redes.

1.º Un presupuesto necesario para que el acceso y utilización de las infraestructuras y redes, a los efectos de prestación de servicios en el mercado correspondiente, pueda hacerse en condiciones de libre competencia, es que la gestión de la instalación se lleve a cabo de un modo neutral, asegurando un trato de igualdad a todos los usuarios. A estos efectos, con ocasión de la liberalización de los mercados de telecomunicaciones, energético o de ferrocarriles, se han planteado las alternativas posibles: puede encomendarse la gestión a un organismo o empresa independiente, que no tenga ninguna vinculación con los operadores de las actividades económicas o prestadores de servicios; se puede organizar el gestor único de las infraestructuras o redes de modo que todos los operadores o suministradores de servicios puedan participar en el establecimiento correspondiente, por ejemplo, a título de accionistas de una sociedad mercantil; se puede atribuir el control de gestor único solo a algunos operadores y no a todos, y, en fin, es posible también una regulación que permita que la gestión de la red siga perteneciendo a un operador dominante, como ha venido ocurriendo con la red de telefonía fija.

En nuestro ordenamiento pueden encontrarse ejemplos de estas diferentes opciones. La red eléctrica de alta tensión es una instalación esencial a la que está asegurado el acceso para facilitar que cualquier empresa operadora pueda adquirir energía eléctrica y transportarla hasta suministrarla a sus clientes. En esta operación interviene el operador del mercado, que se ocupa de la gestión económica del sistema eléctrico. Está organizado aquel en forma de sociedad mercantil en cuyo capital puede participar cualquier persona física o jurídica, sin que pueda rebasar una cuota del 5%. La suma de participaciones de los sujetos que ejercen actividades eléctricas no puede ser superior al 40%. El operador del mercado funciona sometido a reglas de transparencia, objetividad e independencia. También interviene en estas operaciones el operador del sistema, a quien se atribuye la gestión de la red de alta tensión, garantizando la continuidad de la actividad de suministro y la coordinación del sistema de producción y el de transporte. Dicho operador está constituido como una sociedad anónima

**683.**

*Neutralidad  
y sus consecuencias  
organizativas.*

**684.**

*Aplicaciones en el  
sector eléctrico.*

en cuyo capital puede participar cualquier persona, física o jurídica, hasta el 3%.

Una posición semejante tiene en la legislación de hidrocarburos el gestor técnico del sistema gasístico, función que está atribuida a ENAGAS, sociedad en la que las empresas correspondientes pueden participar hasta con un 5%. La Ley de Hidrocarburos atribuye la gestión de las reservas estratégicas de productos petrolíferos y la red de oleoductos a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos y a la Compañía Logística de Hidrocarburos. A la Corporación tienen que pertenecer «por adscripción obligatoria» todos los operadores autorizados a distribuir al por mayor en el territorio nacional productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo. La Compañía Logística de Hidrocarburos, S. A., es propietaria de la red logística de hidrocarburos, de la que forman parte los camiones-cisterna, red de oleoductos e instalaciones de almacenamiento que pertenecían a CAMPSA. En la empresa participan los operadores petrolíferos con una cuota máxima del 25% por accionista.

**685.**

*Soluciones en el sistema gasístico.*

2.º El uso compartido de infraestructuras es un supuesto expresamente previsto en la legislación en materia de telecomunicaciones. La Ley General de Telecomunicaciones, siguiendo los criterios de la legislación comunitaria (inicialmente artículo 11 de la Directiva 97/33/CE, posteriormente Directiva 2002/21, artículo 12, que tratan de la «coubicación y régimen compartido de recursos»), obliga a compartir los derechos de ocupación a quien se beneficie de ellos con otros operadores. El artículo 30 de la Ley mencionada encomienda a las Administraciones públicas que fomenten la celebración de acuerdos entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada. Es claro que ubicación compartida y utilización compartida son cuestiones diferentes. La ocupación compartida puede ser imprescindible en los casos en que un operador tenga derecho a la ocupación pública o privada y no pueda ejercitarlo por separado, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial. La Administración competente, siguiendo el procedimiento que la ley establece, puede acordar la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada (artículo 30.2).

**686.**

*Uso compartido de infraestructuras.*

En cuanto al uso compartido, la Ley prefiere, en primer lugar, los acuerdos que puedan establecer los operadores interesados. Y, a falta de acuerdo, las condiciones las establece la Administración competente mediante resolución de la Comisión reguladora competente. En

esta resolución se establecerán las condiciones del uso compartido o también podrá, en su caso, denegar la imposición del acuerdo. Debe valorar si la coutilización es económicamente viable y no requiere obras adicionales de importancia. Necesariamente, el coutilizador tiene que abonar el precio correspondiente a la entidad que otorgue el derecho de ocupación.

3.º La interconexión es una técnica indispensable para la formación de redes, cualquiera que sea la naturaleza o clase de estas, ya se trate, por tanto, de infraestructuras ferroviarias, telecomunicaciones, tendidos eléctricos o gasoductos. De esta manera, se pone a disposición de los operadores una red completa, con independencia de quién sea su propietario y siempre con el objetivo de permitir la competencia y asegurar el derecho de los usuarios a la libre elección de los prestadores de servicios. También asegura esta técnica que el operador dominante no pueda oponer obstáculos a la competencia negándose a la interconexión de sus redes con otras. En la legislación de telecomunicaciones se ha utilizado un concepto de interconexión que procede de la Directiva 97/33/CE, de 30 de junio de 1997: es la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Esos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red. La conexión física es presupuesto de la interoperabilidad de los servicios. Los acuerdos de interconexión se celebran libremente por los operadores titulares de redes, pero la Comisión reguladora competente puede intervenir, a petición de cualquiera de ellos, para garantizar la adecuación de la interconexión. Queda dentro de sus facultades, también, la denegación de la interconexión, la imposición de obligaciones mínimas o la imposición de limitaciones a la interconexión para salvar otros intereses en juego.

En relación con otros servicios, como el transporte eléctrico o el gas, la cuestión de la interconexión se plantea de un modo diferente ya que, en estos supuestos, las redes de transporte son habitualmente únicas y su gestión corresponde a una única entidad.

4.º De los fundamentos del acceso a las redes, a fin de asegurar la competencia en los mercados en los que la utilización de esas infraestructuras esenciales es imprescindible para poder efectuar transacciones o prestar servicios de cualquier clase, ya hemos tratado al comienzo de este epígrafe. Las normas reguladoras de cada sector económico han establecido los términos jurídicos en que se produce el acceso. Siempre se organiza imponiendo al titular de la red una carga, cuyo

**687.**

*Acuerdos entre operadores y resolución de conflictos.*

**688.**

*Interconexión.*

**689.**  
*El régimen jurídico  
del acceso.*

incumplimiento es sancionable. Consiste esta en la prestación forzosa de un servicio. El titular de la infraestructura o instalación no se limita a permitir el uso de la misma, sino que, normalmente, le presta un servicio al operador que accede a ella, puesto que tiene que poner a su disposición todos los medios para que el transporte se produzca efectivamente y en los términos acordados entre las partes o impuestos por el legislador. En relación con las principales infraestructuras, como la electricidad, gas, petróleo, correos o telecomunicaciones, el titular de la red sigue gestionándola y no se limita a dejarla a disposición del operador para que la utilice por su cuenta. Otra clase de infraestructuras, como los ferrocarriles, puertos o aeropuertos, permiten un tratamiento distinto porque, en tales casos, el beneficiario hace uso de las instalaciones empleando medios materiales (vehículos y otros) y personales propios. En los primeros, sin embargo, el titular del acceso solo tiene derecho a la prestación de un transporte o servicio a su favor. Se caracterizan estos supuestos por la reunión de las obligaciones y cargas que se explican, por una parte, desde la perspectiva de los derechos reales, y, por otra, desde el punto de vista del derecho de obligaciones.

**690.**  
*Deber del titular,  
derecho del  
operador.*

El acceso a las redes es un deber para el titular, y un derecho para el operador que las utiliza. Este derecho está condicionado a que la red tenga capacidad para admitir el nuevo servicio. Esta capacidad no es solo cuantitativa, sino que tiene en consideración que la apertura de la red a un nuevo operador no repercuta en la seguridad y regularidad del suministro que se venga prestando, de manera que, aun cuando exista capacidad sobrante, puede denegarse el acceso a la red si se pone en riesgo su seguridad. El regulador, en todo caso, puede imponer obligaciones de ampliar las instalaciones para incrementar la capacidad de la red.

**691.**  
*Peajes.*

El acceso a la red no es gratuito, sino que hay que hacer frente a las tasas, peajes o precios establecidos mediante acuerdos o fijados por la Administración. El ejercicio del derecho de acceso está sometido a los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y orientación a costes, entre otros, a los que ya me he referido.

**692.**  
*Efectos sectoriales.*

Regulaciones específicas del acceso a redes pueden verse, en relación con las infraestructuras ferroviarias, en los artículos 29 a 35 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; en el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos de 1998, respecto de las instalaciones gasistas; en los artículos 11 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003, en lo que concierne a este sector, y en los artículos 38 y siguientes de la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997.

Veamos algunos de los principios esenciales del acceso a redes en el sistema eléctrico, que pueden ser útiles para completar la explicación de su mecánica.

El objetivo del acceso a redes es permitir que los consumidores puedan elegir a sus suministradores y que, para hacerlo, estos puedan abastecer a sus clientes usando las instalaciones de transporte y distribución eléctrica, de las que no son titulares. Este acceso está regulado (actualmente, por las normas que resultan de la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2003/54, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad). Los principios generales a los que se ajusta el sistema de acceso, según la Directiva, es el que se establece en su artículo 20.1: «Los Estados miembros garantizarán la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios de la red». Por tanto, apelación de nuevo a los principios a que se acogen todas las regulaciones del acceso a redes.

En el caso de las redes eléctricas, el derecho de acceso se subordina a una condición previa: para poder solicitarlo, «se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente» (artículo 42.2 LSE). La conexión es la vinculación física entre una red y los equipos de los clientes, las instalaciones de generación u otras redes. El acceso es el derecho a utilizar la red para la conducción de la electricidad o la compra de la misma a cambio de un precio. Es claro el diferente fundamento y régimen de la conexión y el acceso, aunque ambas operaciones estén en una relación inmediata y evidente.

Las instalaciones a las que se accede son las redes de transporte por las que circula la electricidad. En la legislación comunitaria no se establece una diferenciación entre el transporte de alta, media o baja tensión, que, sin embargo, sí utiliza la legislación española (artículos 35 y 36 LSE). Del régimen general de acceso están excluidas las denominadas «líneas directas». El artículo 22 de la Directiva 2003/54, citada, impone a los Estados miembros la adopción de medidas para que los productores y empresas de suministro puedan proveer electricidad mediante una línea directa a sus propias instalaciones, filiales y clientes cualificados, o para que cualquier cliente cualificado pueda recibir suministro eléctrico directamente de un productor o suministrador concreto. Se conectan, por tanto, proveedores y consumidores sin hacer uso de la red de transporte abierta a terceros.

**693.**

*Acceso en el sector eléctrico.*

**694.**

*Conexión.*

**695.**

*Diferencias entre redes.*

En fin, el acceso está sometido a contraprestación, cuya regulación establece el Gobierno, que fija los peajes correspondientes. Se establecen estos teniendo en cuenta los costes de las actividades, incluyendo los costes permanentes del sistema, los de diversificación y seguridad de abastecimiento. Los peajes son únicos para todo el territorio nacional y son fijos.

## B) Separación de actividades y contabilidades

En algunos sectores económicos en que los operadores ostentaban la titularidad de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios y, además, acumulaban la condición de prestadores de servicios, la apertura a la competencia ha exigido la desintegración de las empresas para separar, por un lado, la titularidad y gestión de las infraestructuras, y, por otro, las demás actividades de las empresas, de modo que aquellas infraestructuras pudieran utilizarlas todos los operadores interesados en prestar servicios. Así ha ocurrido con las telecomunicaciones, los ferrocarriles, el sector eléctrico o el de hidrocarburos. En todos ellos se ha separado la infraestructura para la prestación de los servicios, reconociendo a todos los operadores el derecho de acceso a la misma.

La cuestión relevante es la determinación del alcance de esta separación, en el sentido de si puede ser meramente contable o funcional, u obliga a un cambio de titularidad jurídica de la infraestructura.

Es expresivo y tiene valor general el desarrollo de esta operación en el sector eléctrico. Pero hemos tratado desde diferentes perspectivas esta cuestión de la separación, especialmente de contabilidades, en otros lugares de este capítulo a los que ahora nos remitimos (supra sobre la igualdad de las empresas públicas, e infra sobre control de ayudas públicas).

La estructura tradicional de los mercados oponía un obstáculo que durante mucho tiempo se consideró infranqueable para la liberalización de los mismos. Se trataba de la existencia de monopolios naturales de redes que eran utilizadas en exclusiva por los productores de electricidad para transportarla, distribuirla y suministrarla directamente a los consumidores que eran sus clientes. Desde la Ley de 1994 se aprobaron normas que intentaron sobreponerse a esta situación. Pero la ruptura quedó definitivamente programada con la Directiva de 1996 y la Ley del Sector Eléctrico de 1997. El monopolio de las redes no podía ser un obstáculo a la competencia si se reconocía a cualquier operador la posi-

**696.**  
*Titularidad y  
gestión de las  
infraestructuras de  
red.*

**697.**  
*Monopolios  
naturales y  
competencia.*

bilidad de adquirir energía y transportarla a través de las redes, reconociéndole, a tal efecto, un derecho de acceso a las mismas.

La operación de apertura del mercado requería, por tanto, que el operador de la red estuviera separado de los productores, los comercializadores y los distribuidores de electricidad, lo cual imponía una desintegración vertical de empresas que, con anterioridad, habían sido titulares de las infraestructuras y, al mismo tiempo, cumplían las demás funciones concernientes a la prestación del servicio.

La Directiva de 2003 insistió en la separación de las diferentes actividades que conforman el sistema eléctrico, por motivos de transparencia. Para evitar subvenciones cruzadas, es decir, la traslación de parte de los resultados de las actividades más eficientes y rentables a las que lo son menos dentro de un mismo grupo de empresas en las que dichas actividades aparecen integradas. En la Directiva de 1996 la transparencia se hacía pivotar sobre la separación contable entre las diferentes actividades que atendía una sola empresa. En la Directiva de 2003 se impone, sin embargo, la separación del operador del sistema de transporte, y también la separación de la contabilidad del transporte y las demás actividades del grupo de empresas al que pertenece el transportista. La normativa comunitaria ha analizado las fórmulas que pueden utilizarse para conseguir la indicada separación, que le han permitido distinguir entre la separación jurídica, contable, funcional y accionarial o de propiedad. Para la primera, es necesaria la atribución de cada actividad a una persona jurídica distinta, aunque esté integrada en un mismo grupo de empresas; la separación contable no exige la personificación, como tampoco la impone la separación funcional, que se cumple con la adscripción de medios personales y materiales específicos y dotados de un cierto grado de independencia. La más profunda de todas las separaciones es la que concierne a la segregación de los activos de una empresa para constituir otra no participada por los mismos accionistas o propietarios; impide esta el control de la propiedad de empresas que desarrollan actividades distintas dentro del sistema eléctrico.

Las Directivas comunitarias no han propuesto nunca una separación de la propiedad de las diferentes empresas que desarrollan actividades dentro del sistema eléctrico, ya que esta operación ha sido considerada demasiado radical por algunos Estados miembros. Basta con la separación contable o, en el más exigente de los supuestos, con la separación jurídica o con la separación funcional.

**698.**

*Separación contable.*

**699.**

*Separación de la propiedad.*



**700.**  
*Separación  
funcional.*

La Comisión Europea aprobó, el 30 de octubre de 2003, un documento de interpretación acerca de la forma en que puede llevarse a término la separación legal y formal. Se trataría de crear una empresa gestora de redes, separada de las empresas de generación del mismo grupo. Si la empresa que gestiona la red se mantiene integrada en un grupo donde se desarrollen otras actividades en el sector eléctrico, dicho grupo tiene que garantizar la independencia de gestión en su interior. Esta independencia se ha de hacer efectiva mediante la separación funcional, que el artículo 15.2 de la Directiva describe: los responsables de la gestión de la red no pueden participar en la «gestión cotidiana» de las demás actividades del grupo; tienen que poder actuar con independencia, con poder de decisión efectiva, y el grupo no les puede dar instrucciones sobre gestión ordinaria o contratación y mejora de redes.

La legislación española ha recogido todas las formas de separación que la normativa europea ha recomendado: desde la separación de propiedad a la separación jurídica, funcional y contable. El artículo 14 LSE recoge todas estas opciones:

**701.**  
*La separación en la  
legislación  
eléctrica:  
producción y  
distribución.*

— Las sociedades mercantiles que se ocupen de la operación del sistema, el transporte y la distribución, que se consideran actividades reguladas, tienen que tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas. Impone la Ley, por tanto, una separación entre las indicadas actividades y las concernientes a la producción o comercialización.

— Esta separación radical de participaciones accionariales o de propiedad es, sin embargo, exceptuada, cuando se cumplen determinados requisitos o criterios de independencia entre las empresas que desarrollan actividades reguladas y las demás empresas del grupo.

— Uno de estos criterios de independencia impone que las personas que se ocupen de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no puedan participar, ni directa ni indirectamente, en la gestión cotidiana de actividades de generación o comercialización. Ha de protegerse la independencia de aquellas, especialmente para adoptar las decisiones concernientes a la explotación, mantenimiento o desarrollo de las redes de distribución. La configuración de esa independencia debe constar en un código de conducta que compile las obligaciones específicas de los gestores afectados.

**702.**  
*Independencia de  
los gestores.*

— Un caso de separación total es el que afecta a la red de transporte. El artículo 35 de la Ley distingue entre la Ley de transporte primario y la de transporte secundario. La primera está constituida por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con ten-

siones nominales iguales o superiores a 380 kV y aquellas otras instalaciones de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos españoles insulares y extrapeninsulares. La red de transporte secundario la constituyen las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 220 kV, siempre que no formen parte de la red primaria, así como por las instalaciones de tensiones nominales inferiores a 220 kV. Pues bien, la responsabilidad de la gestión de la red de transporte se atribuye en la Ley a una única entidad, que actúa como transportista único y realiza la actividad en régimen de exclusividad, lo que implica el establecimiento de un monopolio legal en su favor. Este monopolio tiene como consecuencia que todas las demás empresas que sean titulares de redes de transporte tienen que dejar esa actividad en beneficio del gestor único de la red de transporte. Aunque no cabe duda de la naturaleza expropiatoria de la operación, ya que supone una privación forzosa de la propiedad sobre las redes y su sustitución por una indemnización, la reforma de 2007 no aplica a la transferencia de propiedad el régimen general de la expropiación forzosa, sino otro particular basado en una regla única de fondo y otra de procedimiento. La primera establece que el precio de la venta será el de mercado, lo que no será fácil de determinar considerando que no existe, propiamente hablando, un mercado de grandes redes de transporte de electricidad. El formal radica en la atribución a un árbitro de la resolución de las discrepancias que puedan existir al ejecutar las operaciones de transferencia.

— En todo caso, en lo que concierne a la separación de la propiedad de las redes de transporte, la Ley española ha ido más lejos que lo obligado por la Directiva de 2003; esta última se conforma con que el transportista tenga un estatus de independencia y no prohíbe que se mantenga dentro de un grupo de empresas integradas. En España se ha optado por la separación de la propiedad y el sistema de transportista único.

— La ambigüedad de muchos de los conceptos que utiliza el artículo 14 de la Ley, antes transcrito, al referirse a la separación de actividades («estructuras organizativas», «gestión cotidiana», «capacidad de decisión independiente»), que ya fue criticada por la Comisión Nacional de la Energía en su Informe 18/2006, también se hace visible en la difícil interpretación de las pretensiones de la Ley en lo que concierne a la separación de la actividad de distribución de las demás actividades no reguladas. Una separación plena debería llevar a distinguir entre el gestor de la red de distribución y el distribuidor o suministrador mismo.

**703.**  
*Separación  
de la infraestructura  
de transportes.*

**704.**  
*Problemas de la  
separación total.*

— Aunque la Directiva de 2003 delimita claramente la figura del gestor de la red de distribución, no obliga ni a que el gestor de la red sea un distribuidor, ni a separar la gestión de la red y la distribución misma, ni menos la separación de la propiedad entre la empresa de red y la empresa de distribución. Pero la reforma de 2007 ha mantenido cierta confusión sobre estos extremos. Desde luego se delimitan claramente las funciones del gestor de la red, pero la separación total entre este y las empresas de distribución o suministro, atribuyendo esta actividad necesariamente a otra empresa distinta del distribuidor, llevaría a consecuencias insólitas, como han subrayado con acierto J. M. NEBRED A y A. J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, tales como la atribución a una empresa privada de la gestión de los intereses de otra empresa igualmente privada.

La dificultad principal para la implantación de un verdadero mercado en el sector de la electricidad ha radicado, como hemos venido notando y es un lugar común entre los analistas, en la consideración de algunas de las actividades esenciales del sistema como monopolios naturales. La apertura de estos monopolios se ha hecho a través de la regulación del acceso de terceros a las redes, de modo que se fortalezca la figura del más moderno de los operadores que actúan en el sistema, el comercializador [el artículo 9.f) LSE define los comercializadores como «aquellas sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente ley»].

El comercializador tiene como actividad empresarial la adquisición de energía a los productores vendiéndola a los consumidores en régimen de libre competencia. Este simple enunciado es sencillamente revolucionario por sus repercusiones de todo orden sobre algunos de los principios sobre los que pivotaba el sistema con anterioridad. El acceso a las redes, antes objeto de monopolios estrictos, es una de esas rupturas, pero, junto a ella, la necesidad de cambiar el régimen económico del sistema porque la remuneración de las actividades necesarias para el suministro eléctrico no tendrá que hacerse a base de las tarifas aprobadas por la Administración, sino mediante los precios que libremente establezcan las partes contratantes. La intervención de la Administración en la determinación del régimen económico del sistema no desaparece del todo (ni es previsible que ocurra pronto de modo absoluto) en la Ley de 2007, porque se le encomienda una función de vigilancia sobre los costes del acceso de los terceros a las

**705.**

*La creación, en el sistema eléctrico, de la figura del comercializador y su significado para la competencia.*

**706.**

*La retribución por peajes y la «tarifa de último recurso».*

redes. Es evidente que ese derecho de acceso no es gratuito, sino que tiene un coste que tiene que recibir el transportista y el titular de la red. Esta retribución se producirá mediante los peajes que han de pagarse por el uso de las redes de transporte y distribución. La primacía de la tarifa debe ceder en favor de los peajes. Pero en la Ley se mantiene la regulación de un tipo concreto de tarifas, denominadas «tarifas de último recurso» que se siguen estableciendo por la Administración pública y que se aplican a consumidores que no están en situación de relacionarse en términos seguros y de competencia con los comercializadores. No obstante, la mayor relevancia de los peajes sobre las tarifas se hace evidente en la propia regulación establecida en la LSE, artículo 3.c), respecto de las competencias de la Administración General del Estado: se sitúa por delante la competencia para establecer los peajes y solo en segundo lugar la relativa a la aprobación de las tarifas.

El denominado «tercer paquete comunitario», en proyecto desde 2007, al que hemos hecho alusión más atrás al tratar de la apertura a la competencia del sector energético, ha vuelto a insistir en la necesidad de consolidar una verdadera separación de actividades en las empresas que operan en el sector eléctrico, formulando críticas en este sentido al grado de implantación de dicho principio conseguido hasta el presente.

En otros sectores económicos, y por las mismas razones expresadas anteriormente, se ha implantado, utilizando técnicas diversas, la separación de actividades. Por ejemplo, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, sobre el sector de hidrocarburos, impone que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución a que se refiere el artículo 60.1 de la presente ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades (artículo 63.1). También se impone a los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural que tengan como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte (artículo 63.2).

En el sector de las telecomunicaciones también se impone la regla de la separación, contable o en su caso estructural entre las actividades de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 8.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

## 6. SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS

### A) Los principios de ordenación de las subvenciones públicas

La Ley General de Subvenciones (LGS) 38/2003, de 17 de septiembre, llevó a cabo, por primera vez en España, una regulación sistemática y general de las subvenciones públicas. Algunas referencias fragmentarias se podían encontrar en la legislación anterior, sobre todo a partir de la Ley de Presupuestos de 27 de diciembre de 1990, más tarde a través de la Ley 30/1992 y del Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. Pero ninguna de estas normas antecedentes es parangonable con la ambición de la LGS de 2003, desarrollada por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Es reseñable que esta Ley se produzca en un momento en el que la regulación y control de las subvenciones se había reconocido ya como competencia de las Comunidades Autónomas (SSTC 32/1981, 227/1988, 50/1999), lo que, antes o después de la Ley de 2003, ha determinado la existencia de una normativa autonómica que reitera sus mismos principios y determina, desde luego, su no aplicación en el territorio correspondiente. Debe entenderse que la LGS se aplica en su integridad únicamente a la Administración General del Estado y sus organismos, siempre que, de acuerdo con sus principios, estos últimos queden incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación que la propia Ley concreta.

El concepto de subvención que utiliza la LGS es más limitado que el de ayuda que emplea el Derecho comunitario y que estudiaremos en el apartado siguiente. El artículo 2 de la Ley establece que subvención es «toda disposición dineraria realizada por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; b) que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; c) que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública». Se deriva de esta definición que la entrega dineraria está vinculada al cumplimiento de un determinado fin; se construye, por tanto, en la relación subvencional una carga

**707.**  
*Regulación  
sistemática en la  
LGS 38/2003.*

**708.**  
*Concepto  
de subvención.*

jurídica que debe atender el beneficiario. Esta circunstancia determina que se excluyan del concepto de subvención las ayudas de carácter social, que se justifican en la situación personal del beneficiario, y también las transferencias interadministrativas. Es más discutible, por la expresión utilizada en el apartado b) antes transcrito («ya realizados o por desarrollarse») que, como han sostenido G. FERNÁNDEZ FARRERES y otros autores, también estén excluidas del concepto de subvención las primas y los premios porque su otorgamiento se hace a posteriori de una determinada actividad o conducta y sin entablarse una relación jurídica previa entre el otorgante y el beneficiario.

Los párrafos 2 a 4 del artículo 2 LGS se refieren a «subvenciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley» y a otros supuestos que «no tienen carácter de subvención». Entre estos últimos, por ejemplo, las prestaciones contributivas y no contributivas del sistema de seguridad social, las pensiones asistenciales de ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, el crédito oficial, etc. Entre los supuestos no comprendidos se mencionan en la Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, así como entre la Administración y otros entes públicos dependientes de esta, destinadas a financiar globalmente la actividad, y también las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas realicen las entidades que integran la Administración local a favor de asociaciones a las que pertenezcan y que tengan por objeto la protección y promoción de sus intereses comunes.

Los sujetos de la relación jurídica subvencional son, por un lado, el otorgante de la subvención, que tiene que ser siempre, de acuerdo con el artículo 3 LGS, una Administración pública. A este efecto, el precepto indicado establece su particular concepto de Administración pública, que incluye las Administraciones territoriales pero excluye los organismos y demás entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualquier Administración pública. En estos casos las entregas dinerarias solo se calificarán como subvenciones cuando «sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas» (artículo 3.2), lo que sin duda constituye un estímulo para que las Administraciones territoriales se sirvan de entidades instrumentales sometidas al Derecho Privado para quedar excluidas de los controles que la LGS impone.

La otra parte en la relación subvencional es el beneficiario de la subvención que, conforme al artículo 11 LGS, puede ser una persona privada, física o jurídica, o un ente dotado de personalidad jurídico-

**709.**

*La carga jurídica que debe atender el beneficiario como elemento central de la relación subvencional.*

**710.**

*Exclusiones.*

**711.**

*Sujetos de la relación jurídica subvencional.*

**712.**

*Otorgante.*

**713.**  
Beneficiario.

pública. En este sentido, puede que la relación jurídico-subvencional se constituya entre Administraciones públicas, aunque no serán subvenciones, porque la Ley las excluye de su ámbito, las transferencias presupuestarias vinculadas a la financiación de las entidades públicas. El beneficiario tiene que reunir determinados requisitos de capacidad y asumir diversas obligaciones que especifica meticulosamente el artículo 14 de la Ley. La más principal concierne al cumplimiento de la afectación a que está vinculado el otorgamiento, y, junto a ella, el sometimiento a supervisión administrativa, a suministro de información a la Administración concedente, etc.

**714.**  
Predeterminación, claridad y transparencia.

Los principios generales que rigen el otorgamiento de subvenciones también quedan reflejados con detalle en la Ley. El primero de todos concierne a la predeterminación suficiente de las subvenciones que la Administración puede otorgar. A este efecto ordena la Ley que se apruebe un «plan estratégico de subvenciones», en el que consten los objetivos a alcanzar, sus costes y las fuentes de financiación (artículo 8.1 y 2). Cuando los proyectos de subvención afecten a lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado CE (artículos 107 a 109 TFUE en la actualidad), deben comunicarse a la Comisión Europea. A efectos de claridad y transparencia y predeterminación del régimen de las subvenciones, antes de procederse a su otorgamiento tienen que fijarse las bases reguladoras de la subvención (artículo 9.2 y.3), que tienen carácter reglamentario (artículo 17.1, párrafo segundo). Ha de darse publicidad a las bases reguladoras mediante su inserción en el *BOE* o en el diario oficial correspondiente (con los contenidos mínimos que establece el artículo 17.3) [artículo 8.3.a)]. La predeterminación de las bases contribuye a delimitar el margen de libertad de apreciación en el otorgamiento de las subvenciones, y a asegurar el efectivo cumplimiento de los principios de transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia, que aparecen consignados en el artículo 8.3 LGS.

**715.**  
Procedimiento para el otorgamiento.

El procedimiento para el otorgamiento de las subvenciones se somete a un régimen de concurrencia competitiva cuyas reglas fijan los artículos 22 a 27 LGS y 55 a 67 del Reglamento. El procedimiento se inicia siempre de oficio, con la convocatoria. Y la resolución debe ajustarse a las bases reguladoras, y motivar suficientemente su contenido. Excepcionalmente es posible el otorgamiento directo de subvenciones en los supuestos concretos que enumera el artículo 22.2 LGS.

Una cuestión final, pero central, en el régimen de las subvenciones concierne a las causas de nulidad y reintegro. Son dos problemas diferentes, que se tratan como tales en la LGS.

A la nulidad se refiere el artículo 36: considera que son causas de nulidad todas las enunciadas en el artículo 62.1 LRJAP, a las que añade como una especificación la insuficiencia de crédito mencionada en el artículo 60 LGP. Cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico determina la anulabilidad en los términos del artículo 63 LRJAP. Cuando concurren estas circunstancias, se han de iniciar los procedimientos de revisión de oficio o de declaración de lesividad conforme a lo dispuesto en los artículos 102 y 103 LRJAP citada.

**716.**  
*Causas de nulidad.*

Las causas de reintegro son distintas y determinan siempre la devolución de las cantidades percibidas además del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta que se adopte la decisión sobre la procedencia del reintegro y de los rendimientos financieros de las cantidades percibidas. Las causas de reintegro se relacionan pormenorizadamente en la larga lista del artículo 37 LGS: obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas u ocultando las que lo hubieren impedido; incumplimiento total o parcial del objetivo; incumplimiento de la obligación de justificación o justificación insuficiente; resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero; incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, con motivo de la concesión de la subvención; la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado (107 a 109 TFUE), de una decisión de la que derive una necesidad de reintegro; otros supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención. El reintegro puede ser total o parcial, dependiendo del grado de cumplimiento del interesado y en aplicación del principio de proporcionalidad.

**717.**  
*Causas de reintegro.*

El reintegro no incompatibiliza la aplicación de las sanciones que procedan, tanto en el orden administrativo como en el penal.

## **B) Régimen jurídico-comunitario de las ayudas públicas**

Los artículos 107 a 109 TFUE contienen una regulación de las ayudas que otorgan los poderes públicos a las empresas para establecer en qué casos son compatibles con el mercado común. La regla general es la incompatibilidad de dichas ayudas con la competencia; la excepción, su admisión, que reclama ordinariamente una decisión de la Comisión.

**718.**  
*Artículos 107 a 109 TFUE.*

Las ayudas a las que se refieren los preceptos indicados son las que otorgan los Estados miembros a las empresas, no las que pueden asignar los presupuestos comunitarios, que no son objeto de consideración.



**719.**  
*Alcance de las atribuciones de la CNC.*

Así como, según hemos venido analizando, existe un paralelismo casi absoluto entre las reglas del Derecho de la competencia comunitario y estatal, en punto a ayudas dicha equivalencia cede, ya que la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007 solo limitada-mente (artículo 11) admite la intervención de las autoridades de la competencia en relación con decisiones procedentes de autoridades públicas, excluyéndolas totalmente si tienen amparo en una ley. Esto último es lo que ocurre ordinariamente con las ayudas, que tienen habitualmente reflejo en las leyes de presupuestos. Por esta razón, y sin perjuicio de declarar la plena aplicabilidad de lo establecido en los artículos 107 a 109 TFUE, la Ley de Defensa de la Competencia se limita a encomendar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (ahora de los Mercados y la Competencia) la formulación de informes y la emisión de propuestas para el mantenimiento de la competencia, que dirigirá a las Administraciones competentes.

Estudiaremos ahora, en primer lugar, el régimen general de las ayudas; segundo, los fundamentos de la regla de separación de contabilidades que se impone a algunas empresas que reciben ayudas, y, tercero, los problemas que, para la unidad de mercado, pueden derivarse de determinadas ayudas de carácter regional.

**720.**  
*Concepto.*

1.º El Tratado utiliza un concepto muy amplio de ayuda estatal, igual que lo hace también la Ley de Defensa de la Competencia: se trata de aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia. Debe tratarse, pues, de cualquier forma de apoyo financiero que beneficie económicamente a una o varias empresas; para estas tiene que suponer una ventaja económica, que no se corresponde con la que obtendría normalmente un inversor privado en el mercado. Hace falta que la medida sea selectiva y concreta, y no consista en una medida de carácter general porque en tal caso no cabría calificarla como ayuda.

**721.**  
*Tipos de ayudas.*

Basta con que se conceda al operador cualquier ventaja de la que no disfrute habitualmente un inversor privado. Las variables que puede adoptar este apoyo económico financiero pueden ser múltiples: préstamos sin interés o con interés reducido, bonificaciones o exenciones

fiscales, cesiones gratuitas o privilegiadas de terrenos, subvenciones económicas directas, facilidades de pago, adquisiciones masivas de productos (por ejemplo, Sentencias del TJ de 14 de febrero de 1990, *Francia v. Comisión*; de 17 de junio de 1999, *Bélgica v. Comisión*; de 5 de octubre de 1999, *Francia v. Comisión*; de 17 de junio de 1999, *Industrie Aéronautique*; de 29 de junio de 1999, *Déménagement-Manutention Transport, S. A.*, etc.). Lo importante es que proceda del Estado (concepto en el que se incluye a estos efectos cualquier Administración pública), o cualquier fondo que dependa de él o incluso entidades privadas que administren recursos públicos como intermediarios (Sentencia *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, de 30 de enero de 1985) y, por otro lado, que sus destinatarios sean empresas o producciones concretas. La jurisprudencia comunitaria, consolidada en la Sentencia *Preussen Elektra*, de 13 de marzo de 2001, excluye del régimen de las ayudas a las aportaciones económicas o apoyos financieros de un operador privado a otro, aunque hayan sido impuestas por una norma imperativa.

Para estar prohibidas las ayudas tienen que falsear la competencia y afectar, además, al tráfico económico interestatal. Por no cumplir alguna de estas circunstancias se exceptúan de la prohibición las ayudas con carácter social concedidas a particulares o entes públicos o privados sin afán de lucro (en el primer caso, becas o subsidios; en el segundo, asociaciones, fundaciones, ONG, universidades, etc.).

Las excepciones a la prohibición de ayudas están establecidas en el artículo 107, párrafos 2 y 3, TFUE de modo detallado. Unas son ayudas compatibles *ex lege*. Otras requieren una específica autorización de la Comisión. Todas, sin embargo, están sometidas a un procedimiento general de control que regula el artículo 108. Cuando las ayudas están autorizadas con carácter general por el propio Tratado, la tarea de la Comisión se limita a verificar que, de hecho, se dan las circunstancias previstas en aquel. De esta clase son las ayudas sociales a consumidores, las ayudas por razón de desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional, o las ayudas destinadas a favorecer la economía de determinadas regiones.

Las ayudas autorizables las agrupa el artículo 107.3 TFUE en cinco tipos: a) las que se destinan a favorecer el desarrollo económico de regiones especialmente desfavorecidas (el concepto está fijado en diferentes directrices de la Comisión aprobadas el 16 de diciembre de 1997 y el 10 de marzo de 1998, relativas a tipos diversos de ayudas); b) las ayudas para fomentar proyectos de interés europeo (se han incluido en este ámbito algunas que tienen por objetivo la protección

**722.**

Ayudas sociales.

**723.**

Excepciones a la prohibición.

**724.**

Clasificación de las ayudas autorizables en el artículo 107.3 TFUE.

del medio ambiente, la política energética, o cuando se trata de proyectos apoyados por diferentes gobiernos conjuntamente, como pueden ser las ayudas a la industria de la navegación o al ahorro energético); en este mismo ámbito se incluyen como exceptuables las ayudas que traten de paliar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro (ha de ser a la economía de un Estado en general y no a una empresa: Sentencia *Executiv Régional Wallon y Glaverbel v. Comisión*, de 8 de marzo de 1988); c) ayudas para el desarrollo regional o de determinados proyectos. Se considera que esta excepción engloba dos tipos de ayudas: las destinadas a actividades y las ayudas regionales. Las primeras son de carácter sectorial y, para que sean admisibles, tienen que responder a una necesidad en el sector concreto de que se trate y estar destinadas a resolver problemas estructurales y favorecer una futura competitividad de las empresas del sector (como están vinculadas a la competitividad deben tener un carácter decreciente); también pueden vincularse a planes de reestructuración que conlleven costes económicos importantes (muchas de estas ayudas se han considerado válidas cuando se han aplicado a sectores que han sufrido fuertes reestructuraciones como el textil, el naval, el tráfico aéreo o la siderurgia). Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo regional se dirigen a regiones subvencionables en cada Estado miembro, designadas de un modo que permita garantizar la coherencia global de las mismas desde la perspectiva del conjunto de la Comunidad. Se establece de esta manera un máximo global de cobertura en términos de población. Se puede perseguir el objetivo de realizar inversiones productivas o crear empleo. d) Ayudas para la promoción de la cultura y la conservación del patrimonio (artículo 151 del Tratado CE), y e) otras categorías que determine el Consejo, fórmula abierta que ha permitido a este órgano, a propuesta de la Comisión, aprobar diversas directivas sobre ayudas en otros sectores necesitados de las mismas.

El procedimiento sobre el control de las ayudas establecido en el Tratado distingue entre las ayudas ya existentes y las de nueva concesión. Las existentes son las que ya se otorgaban antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro correspondiente. Estas ayudas se consideran con carácter general compatibles con el Tratado, pero se establece con respecto de ellas un control permanente por parte de la Comisión, de modo que si constatase disfunciones provocadas por las mismas, tendría que recomendar a los Estados miembros, en el marco de un procedimiento informal, la adopción de las medidas necesarias. Si en el marco de dicho procedimiento no se obtiene una respuesta adecuada del Estado, se puede abrir por la Comisión una investigación formal que puede concluir en una deci-

**725.***Ayudas existentes.*

sión negativa de compatibilidad, lo que obligará al Estado a suprimir o modificar la ayuda. Si, por el contrario, después de seguir la investigación correspondiente, se adopta una decisión positiva, se publica la misma y se comunica a todos los interesados que participaron en el procedimiento.

Por lo que concierne a las ayudas nuevas, deben ser siempre notificadas por el Estado a la Comisión. Si se incumple este deber, la Comisión puede abrir un procedimiento para constatar la incompatibilidad de la ayuda y puede también plantear un recurso ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento del deber de notificar. La Comisión, una vez recibida la notificación de las ayudas, realiza un examen previo que debe concluir en un plazo máximo de dos meses. Declarará entonces la compatibilidad o incompatibilidad con el Tratado. Si acuerda lo primero, lo comunicará al Estado miembro. Si surgen dudas sobre la compatibilidad o si no puede apreciarse fácilmente en el marco del procedimiento abierto, debe abrir un procedimiento específico, previsto en el artículo 108.2.

Si la Comisión declara que la ayuda es contraria al Tratado, puede reclamar que los Estados recuperen las ayudas concedidas, de forma que el beneficiario pierda la ventaja obtenida. Este derecho de recuperación solo tiene como excepción los casos en que pueda resultar contraria a un principio general del Derecho comunitario (Sentencias de 12 de julio de 1973, *Comisión v. Alemania*; 17 de julio de 1999, *Bélgica v. Comisión*, y Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999). El plazo de prescripción para reclamar las ayudas es de diez años, a partir de su concesión. El Tribunal de Justicia ha aceptado, desde la Sentencia *Deutsche Milchkontor*, de 21 de septiembre de 1983, que «el Derecho comunitario no se opone a que la legislación nacional aplicable tome en consideración, para excluir la reclamación de ayudas indebidamente pagadas, criterios como la protección de la confianza legítima, la desaparición del enriquecimiento sin causa, la extinción de un plazo o la circunstancia de que la Administración supiera que otorgaba equivocadamente las ayudas en cuestión o lo ignorara como consecuencia de una negligencia grave por su parte, sin perjuicio, no obstante, de que los requisitos exigidos sean los mismos que para la recuperación de prestaciones económicas puramente nacionales y de que se tenga plenamente en cuenta el interés de la Comunidad».

2.º La consecuencia organizativa y contable más importante que se deriva de la rigurosa aplicación del régimen de control sobre las ayudas consiste en que los operadores o empresas que tienen posicio-

**726.**  
Ayudas nuevas.

**727.**  
Recuperación de  
ayudas.

**728.**  
*Contabilidad que  
diferencie los  
costes.*

nes dominantes en el mercado, concentran un poder de mercado importante, desarrollan acumuladamente más de una actividad económica o se ocupan de diversos negocios acumuladamente, tienen que establecer sistemas de contabilidad que permitan diferenciar los costes de cada una de las actividades que desarrollan. Existen muchas manifestaciones de esta idea, aplicada constantemente en el Derecho comunitario.

**729.**  
*Aplicaciones del  
principio de  
separación de  
contabilidades:  
telecomuni-  
caciones.*

Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, la importante Directiva 96/19/CE, de la Comisión, de 10 de marzo de 1996, que modificó la Directiva 90/388, relativa a la plena competencia en los mercados de telecomunicación, impuso en su artículo 8 el principio de la separación de contabilidades, siempre que se otorgue una autorización para servicios básicos de telefonía o de redes a empresas que ya disfrutaran de derechos especiales o exclusivos en otras áreas distintas a las telecomunicaciones. La regla está ahora recogida en la Directiva 2002/21, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, artículo 13.1.a), que impone a las empresas suministradoras de redes públicas de comunicaciones o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público que posean derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios en otros sectores, entre otras obligaciones, las de llevar «una contabilidad separada para sus actividades asociadas con el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, en la misma medida en que se exigiría si dichas actividades fueran desempeñadas por empresas jurídicamente independientes, de manera que se identifiquen todas las partidas e ingresos con la base de cálculo y los métodos de asignación detallados utilizados, relacionados con sus actividades de suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, incluido un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales».

**730.**  
*Separación de  
contabilidades en  
el sector eléctrico.*

También la Directiva 96/92/CE, del Parlamento y el Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estableció la misma regla de la separación de contabilidades, para las empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión y distribución, que luego mantuvieron normas positivas reguladoras del sector. En la legislación española relativa a algunos sectores liberalizados, la misma regla ocupa un lugar preferente.

Los fundamentos de esta obligación radican en velar por que las empresas que disfrutaran de derechos especiales o exclusivos justificados por la atribución a las mismas de misiones de interés general, pue-

dan falsear la competencia, asignando estas posiciones especiales, ventajosas en el mercado, incluso desde la perspectiva económica, a otras actividades complementarias desarrolladas por ellas mismas. En el caso más elemental, tal falseamiento podría consistir en la transferencia de fondos desde las actividades privilegiadas con derechos exclusivos o especiales, a otras cumplidas por las mismas empresas que deberían operar en régimen de libre competencia.

La manera más elemental de salvaguardar la competencia y controlar estas desviaciones es exigir transparencia.

Algunas aplicaciones del principio de separación han impuesto ya en la práctica la Comisión y el Tribunal de Justicia. Son especialmente importantes la Decisión de 7 de noviembre de 1996, dictada en el asunto de la televisión pública portuguesa, y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, dictada en el asunto *La Poste*. A ambas hemos aludido ya en apartados anteriores.

3.º Otra perspectiva desde la que abordar la legitimidad de las ayudas públicas a las empresas, complementaria de la que acaba de analizarse, la proporciona la consagración de la libertad de empresa y de los principios de unidad de mercado y solidaridad interterritorial que recogen los artículos 2, 138.2 y 139.1 y 2 de la Constitución.

La cuestión se ha planteado entre nosotros muy vivamente con ocasión de diferentes incentivos de carácter fiscal acordados por diversas Normas Forales aprobadas por las Diputaciones de Guipúzcoa, Vizcaya y Álava (Normas Forales 8/1988, de 7 de julio; 14/1987, de 24 de abril, y 28/1988, de 18 de julio, respectivamente). Estas normas establecían incentivos de carácter fiscal consistentes en deducciones o créditos fiscales de hasta el 20% de las inversiones, aplicable sobre la cuota a pagar en el Impuesto sobre Sociedades; también un crédito o deducción del 20% del importe de las inversiones, deducible de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y una bonificación de hasta el 95% de la cuota correspondiente para los actos y contratos, celebrados como consecuencia de tales inversiones, en aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tales beneficios, según las normas, solo serían aplicables (siguiendo, por ejemplo, el criterio de la norma alavesa), primando el criterio de la residencia en el territorio de las personas físicas o jurídicas beneficiarias.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal comunitario han tenido oportunidad de examinar la compatibilidad de estas ayudas con el Derecho comunitario y,

**731.**

*Riesgo de traslación de la financiación a otras actividades de la misma empresa o del grupo a que pertenece.*

**732.**

*Asunto La Poste.*

**733.**

*Ayudas y solidaridad interterritorial.*

aunque aceptando matices, se han pronunciado en contra (SSTS de 3 y 17 de noviembre, 9 de diciembre de 2004 y 24 de junio de 2008; SSTJPI, de 6 de marzo de 2002 y 9 de septiembre de 2009; STC 96/2002, de 25 de abril).

## 7. INTERVENCIONES DE EMPRESAS

### A) En general: artículo 128.2 CE

El artículo 128.2 de la Constitución alude directamente a tres técnicas regulatorias para la realización del principio de subordinación al interés general de toda la riqueza del país. No compendia todos los instrumentos de que disponen los poderes públicos, que como nos consta por los análisis efectuados hasta ahora en este capítulo, son muy diversos, pero constitucionaliza como esenciales la iniciativa pública en la actividad económica, la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, y la intervención de empresas por exigencias de interés general. Ya hemos estudiado el alcance de las dos primeras y abordaremos ahora el estudio de la tercera.

La Constitución no explica qué ha de entenderse por «intervención de empresas». Es claro que el uso de esta prerrogativa implica un límite para la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE. Intervención, sin duda, comprende una potestad de los poderes públicos que se superpone sobre el libre ejercicio de la actividad empresarial con el propósito de dirigirla o suspender su desenvolvimiento autónomo. Intervención no es, en la Constitución, lo mismo que expropiación de bienes y derechos, institución que está regulada en un lugar distinto y con diferentes consecuencias jurídicas (artículo 33.3 CE). De esa diferenciación puede extraerse la consecuencia de que la intervención no implica la liquidación de empresas, ni la privación total o parcial de sus activos, ni la desaparición de sus accionistas o propietarios. Hecha esta acotación resulta obligado caracterizar la intervención como una decisión que afecta, con diferentes intensidades posibles, al ejercicio de la libertad de empresa, pero sin cuestionar ni su continuidad ni su propiedad.

Tratándose de una limitación de gran intensidad sobre una libertad constitucionalmente consagrada, ha de utilizarse solamente cuando concurren circunstancias excepcionales y mantenerse exclusivamente el tiempo necesario hasta que la situación que la ha justificado se quede regularizada y la excepcionalidad desaparezca. Si el mantenimiento por tiempo indefinido de una intervención pública, cuando sea

#### 734.

*Subordinación de la riqueza al interés general.*

#### 735.

*Distinción de la expropiación.*

#### 736.

*Excepcionalidad y temporalidad.*

necesaria, debe solventarse utilizando la expropiación. La intervención tiene que justificarse en razones de interés general, basarse en la concurrencia de circunstancias extraordinarias y desarrollarse por tiempo limitado. Los supuestos en que puede acordarse han de estar previstos en una ley, como expresamente indica el artículo 128.2 CE («Mediante Ley se podrá...»). La doctrina ha disputado acerca de si es precisa una ley por cada operación, o caben habilitaciones generales. Domina la opinión (E. GAMERO CASADO, A. OJEDA MARÍN, L. PAREJO ALFONSO), avalada por la jurisprudencia constitucional, de que el artículo 128.2 CE no exige que cada operación de intervención se tenga que llevar a cabo mediante una ley de caso concreto; la STC 111/1983, de 2 de diciembre, dijo que la expresión «mediante Ley» que utiliza el artículo 128.2 CE «además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención...». Caben, pues, ambas opciones.

La intervención a que se refiere el artículo 128.2 es distinta de la intervención judicial que puede producirse en los supuestos regulados en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en los casos de administración judicial por embargos de empresas, acciones o participaciones (artículos 630 y siguientes LEC 1/2000, de 7 de enero) o como consecuencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contemplado en los artículos 31 bis y 33.7 del Código Penal de 1995, modificado por la L.O. 5/2010, que introdujo esa nueva regulación mantenida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

También puede diferenciarse la intervención contemplada en el artículo 128.2, cuyo sentido es la subordinación de la actividad empresarial al interés económico general, de algunos casos de intervención que se apoyan en otros títulos constitucionales, como la prevista en el artículo 11.c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de Estados de alarma, excepción y sitio; o las ocupaciones temporales del artículo 119.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954; o las previsiones de continuación forzosa de una actividad, a instancia de una mayoría de los accionistas o del personal de una empresa, que previene el artículo 265 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989.

Las intervenciones contempladas en el artículo 128.2 CE son, por tanto, decisiones de los poderes públicos, enmarcadas en la regulación de los sectores económicos, que suponen un límite a la libertad de empresa, y se justifican en la subordinación al interés general de toda la riqueza del país. Como no son medidas de privación de la propiedad, ni de suspensión de la actividad, su manifestación más evi-

**737.**  
*«Mediante ley».*

**738.**  
*Distinta de la  
intervención  
judicial.*

**739.**  
*Otros títulos de  
intervención  
diferentes.*

**740.**  
*Intervención en la  
gestión.*



dente consiste en la intervención de la gestión. De hecho las aplicaciones más características del artículo 128.2 que existen en nuestra legislación, se refieren a la sustitución del órgano de administración de la empresa intervenida ocupando seguidamente esa responsabilidad personas designadas por el órgano administrativo que acordó la intervención. Por tanto se concretan en una publicitación transitoria de la gestión de una empresa.

### B) Algunos ejemplos en la legislación sectorial: Bancos, Cajas y sector energético

El supuesto más detalladamente regulado de intervención en empresas, en nuestro ordenamiento, es el que contempla la legislación del sector crediticio. Entre los amplios poderes que se reconocen a los reguladores, la intervención de empresas es una de las más contundentes, que se aplican en la legislación solo en aquellos sectores en los que las funciones de supervisión y garantía que retiene el regulador son de una intensidad mayor, por razón de que así lo reclama el interés general. La Ley 26/1988, de 26 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, subrayó en este sentido «la absoluta necesidad de someter a las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos». Se le atribuyen al regulador administrativo de las entidades de crédito, el Banco de España, amplias atribuciones que condensan todas las técnicas regulatorias que hemos estudiado en este capítulo. Pero se añade a ellas la figura excepcional de la intervención.

Los artículos 31 y siguientes de la Ley citada de 1988 establecen el régimen jurídico de las medidas de intervención y de sustitución. El supuesto de hecho que habilita la decisión de intervenir, lo enuncia, destacando su excepcionalidad, el artículo 31: «1. Únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada». He aquí, pues, perfectamente destacadas las características de excepcionalidad y provisionalidad o temporalidad de la intervención. El párrafo siguiente del mismo artículo se refiere también, como causa de intervención, a la concurrencia de indicios fundados de gravedad excepcional, que no puedan deducirse de su

#### 741.

*La mayor intensidad de la supervisión de empresas en el sector crediticio.*

#### 742.

*Ley de disciplina e intervención.*

contabilidad. Las medidas de intervención se acuerdan por el Banco de España, dando cuenta razonada al Ministerio de Economía y Hacienda. También pueden adoptarse a petición fundada de la propia entidad, bien de sus administradores, del órgano de fiscalización interna o de una parte de sus socios. Los acuerdos de intervención o sustitución se adoptarán previa audiencia de la entidad de crédito interesada durante un plazo no inferior a cinco días. Esta audiencia no es precisa cuando haya precedido petición de la propia entidad, o tal trámite pueda originar retrasos que comprometan gravemente la efectividad de la medida o los intereses económicos afectados.

El acuerdo de intervención designa a la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención o hayan de actuar como administradores provisionales, e indicará si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o solidariamente. El acuerdo, que es inmediatamente ejecutivo, se publica en el *Boletín Oficial del Estado* e inscribe en los Registros Públicos correspondientes. También puede el acuerdo ejecutarse forzosamente, si fuera preciso, utilizando la compulsión directa, a efectos de tomar posesión de las oficinas, libros o documentos correspondientes. Desde el momento de la publicación del acuerdo de intervención en el *BOE*, los actos y decisiones de cualquier órgano de la entidad de crédito que se adopten no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de los interventores designados (con la excepción, naturalmente, de los acuerdos concernientes al ejercicio de acciones o recursos contra la intervención o la actuación de los interventores). También pueden los interventores revocar poderes o delegaciones otorgados con anterioridad.

La medida de sustitución del órgano de administración cesa cuando lo acuerda el Banco de España; en este momento los administradores provisionales han de proceder a convocar inmediatamente la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, en la que se nombrará el nuevo Órgano de Administración.

La acomodación a la Constitución de todas estas medidas de intervención, así como la evaluación de los criterios con que debe aplicarse en los casos concretos, fueron objeto de análisis las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 y 14 de marzo de 2006, dictada en el caso del Banco Español de Crédito. Concluyó la Sentencia que la aplicación de la medida de intervención se había producido en un supuesto de hecho que la justificaba y ateniéndose al procedimiento establecido.

**743.**

*Competencia del Banco de España.*

**744.**

*Designación de interventores o administradores provisionales.*

**745.**

*Cesación de la intervención.*

**746.**

*Sentencias Banesto.*

La intervención de entidades de crédito ha sido regulada también con posterioridad a la Ley de 1988, mediante el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Se refiere sobre todo a la intervención en Cajas de Ahorro en el marco de los procesos de reestructuración del sector que dicha norma impulsa.

**747.**  
*Reestructuración e intervención.*

Los artículos 6 y siguientes de la norma citada contemplan la adopción de medidas que puedan afectar a la viabilidad de entidades de crédito. Estas medidas, dictadas como respuesta a la efectiva debilidad de un grupo importante de Cajas de Ahorro, se concretan en la obligación de las entidades afectadas por dichas situaciones críticas de presentar un plan de reestructuración, en el que han de concretarse las actuaciones necesarias para superar la situación, que deben ir encaminadas a asegurar la viabilidad de la entidad, bien reforzando su patrimonio y solvencia, bien facilitando su fusión o absorción por otra de reconocida solvencia o el traspaso total o parcial de su negocio, o de unidades del mismo a otras entidades de crédito (artículo 6.1). El Real Decreto-Ley crea un Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que apoyará el plan presentado por las entidades en cuestión. Si no se presenta un plan de reestructuración de este tipo, o no se encuentra una solución para la situación, o el plan no fuera viable o se incumplieren sus previsiones, el Banco de España queda habilitado para acordar la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad afectada, así como cualesquiera otras medidas cautelares que estime oportuno aplicando lo establecido en la Ley 26/1988, de Disciplina o Intervención de las Entidades de Crédito, cuyo contenido, en este punto, ya nos consta.

**748.**  
*FROB.*

**749.**  
*Sustitución del órgano de administración.*

El Banco de España designa como administrador provisional al propio Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que ha de elaborar un informe sobre la situación de la entidad y someter al Banco de España un plan de reestructuración, donde se concretan las medidas de apoyo financiero y de gestión que resulten procedentes. El Fondo queda habilitado por la norma para llevar a cabo una amplísima intervención en la gestión de la entidad y administración de sus activos.

**750.**  
*El FROB como administrador.*

También queda habilitado para adquirir acciones o cuotas participativas de la entidad intervenida, a la que se atribuye un derecho de representación en la asamblea general «igual al porcentaje que aquellas supongan sobre el patrimonio neto de la Caja emisora». Esta última previsión permite aplicar a las Cajas de Ahorro, que no cuentan con participaciones accionariales como los bancos, «una herramienta tradicional de reestructuración como es la adquisición de acciones en enti-

**751.**  
*Adquisición de cuotas participativas.*

dades bancarias», según explica el propio Preámbulo del Real Decreto-Ley de 2009.

La herramienta en cuestión permite a los administradores provisionales hacer una valoración de la entidad intervenida. Normalmente llegarán a la conclusión de que el patrimonio neto de la misma es negativo porque, en otro caso, sería difícil mantener la intervención y acordar el desguace de la entidad de crédito o la transferencia total o parcial de sus activos. Ese tipo de conclusiones, cuando se deducen de una contabilidad como la de las entidades de crédito, en las que las exigencias de dotaciones, provisiones y coeficientes, pueden ser objeto de interpretaciones diversas, plantean siempre el problema jurídico de si resulta constitucional y legalmente aceptable que sean llevadas a término unilateralmente por el órgano de intervención. Nótese cuáles son las consecuencias: decidido por los interventores que el patrimonio neto es negativo, la entidad emite cuotas participativas que adquiere el Fondo de Reestructuración Bancaria. Se convoca seguidamente una asamblea general, en la que los fundadores de la Caja u otras entidades que hayan podido tener representación, carecerán del derecho a voto, de modo que la asamblea será controlada por el Fondo, que ostentará la totalidad de los derechos políticos en la asamblea, y podrá decidir por tanto el futuro de la Caja mediante su venta a otras entidades de crédito o mediante la cesión global o fragmentada de sus activos, con la consecuencia de que la entidad cedente se extingue.

Cuando una Caja de Ahorro entra en proceso de liquidación, lo normal es que los estatutos establezcan, como previene con carácter general la Ley de Fundaciones a las que se acogen de ordinario, que los remanentes reviertan a la entidad fundadora, que ha de afectar a otros destinos de interés general. La venta de una Caja a otra entidad de crédito decidida por el Fondo de Reestructuración puede implicar un cambio radical de la naturaleza de la Caja, equivalente a su liquidación como entidad de naturaleza fundacional. Parece claro que en todo el desarrollo de este proceso y en sus connotaciones económicas tienen un interés legítimo las entidades fundadoras.

Con ocasión de la Sentencia *Banesto*, de 14 de marzo de 2006, que antes se ha citado, se llegó a suscitar ante el Tribunal Supremo que estas operaciones tenían naturaleza expropiatoria, lo que no apreció la Sentencia porque los recurrentes no lo justificaron adecuadamente pero parece evidente que la tienen; si se transmite una entidad de crédito a terceros o se transfieren sus activos, mediante una decisión de una autoridad administrativa que la ha intervenido, el criterio de valoración que utilice esta tiene que ser necesariamente contrastado

**752.**

*Venta de la entidad  
intervenida.*

**753.**

*Las ventas de Cajas  
intervenidas son  
operaciones  
materialmente  
expropiatorias.*

con los criterios de apreciación que tengan los propios órganos fundadores de la Caja, considerando además que los remanentes positivos de la operación de venta podrían quedar afectos a dicha entidad fundadora, para aplicarlos a otras finalidades de interés general. En nuestro Derecho, por determinación del artículo 33.3 CE, no es posible proceder a la privación singular de un bien (en el apartado anterior hemos destacado que las medidas de intervención son distintas que las de expropiación) si no se sigue un procedimiento contradictorio para la determinación de las indemnizaciones que correspondan. El valor puede ser negativo, pero no es posible determinarlo unilateralmente por un órgano administrativo, sino en el marco de un procedimiento contradictorio. En los casos de transferencia total o parcial de activos se sobrepasa el dominio propio de la regulación para entrar en los de la privación de naturaleza expropiatoria.

Los otros supuestos de intervención destacables que contempla la legislación de algunos sectores económicos son los que aparecen en el sector energético con apoyo en las Directivas comunitarias 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, y 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre los mercados Interiores de la Electricidad y el Gas, respectivamente; nuestras Leyes de Hidrocarburos, de 7 de octubre de 1998, y del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997, han establecido previsiones sobre intervenciones de empresas, que son prácticamente idénticas en el sector del gas y la electricidad. En ambos casos se prevé que cuando el incumplimiento de las obligaciones de las empresas que realizan las actividades y funciones reguladas en la presente ley pueda afectar a la continuidad y seguridad del suministro de hidrocarburos, y a fin de garantizar su mantenimiento, el Gobierno podrá acordar la intervención de la correspondiente empresa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2, adoptando las medidas oportunas para ello (disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley de Hidrocarburos y disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley del Sector Eléctrico). Se consideran causas de intervención de empresas las siguientes que citan los preceptos mencionados: a) la suspensión de pagos o quiebra de la empresa; b) la gestión irregular de la actividad cuando le sea imputable y pueda dar lugar a su paralización con interrupción del suministro a los usuarios; c) la grave y reiterada falta de mantenimiento adecuado de las instalaciones que ponga en peligro la seguridad de las mismas.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, artículo 107, remite a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito respecto de la intervención o sustitución de empresas, aunque reservando la competencia a la CNMV.

**754.**

*Intervenciones de  
empresas de gas y  
electricidad.*

Otras normas habilitan también intervenciones de empresas en términos más generales fundadas en razones de seguridad pública o de defensa nacional: artículo 54.1 de la Ley del Sector Ferroviario 39/2003, de 17 de noviembre.

## VIII. BIENES PÚBLICOS Y REGULACIÓN

### 1. FUNCIONES Y BIENES FUERA DEL COMERCIO

Al exponer más atrás, en el apartado II.2 de este volumen, las justificaciones económicas de la doctrina de la regulación, recordamos la observación generalmente asumida de que existen determinadas funciones que, necesariamente, tienen que ser ejercidas por el Estado porque conciernen a la soberanía o suponen la utilización de los poderes públicos más esenciales, como la legislación, la justicia, el ejército o la policía. Al estudiar los servicios públicos, hemos podido comprobar cómo estas funciones se agrupan, incluso en el Derecho comunitario, dentro de las excepciones a la aplicación de los principios de competencia, calificándolos como «servicios de autoridad», en los que no juegan las reglas de mercado.

La misma doctrina alude a la necesidad de que determinadas infraestructuras y bienes, que deben estar a disposición de todos los ciudadanos, o resultan necesarios como soporte para el ejercicio de poderes de autoridad, o constituyen infraestructuras que requieren inversiones que no serían normalmente atendidas por un empresario privado porque no cabe esperar retornos ni beneficios de las mismas a medio y largo plazo, sean asumidas necesariamente por el Estado. También son bienes públicos que están fuera del comercio y que deben ser atribuidos a la titularidad y gestión de las Administraciones públicas.

En principio, es difícil encajar sistemáticamente el estudio de estas cuestiones concernientes a las funciones y bienes públicos dentro de la doctrina de la regulación porque más bien su régimen jurídico se sitúa en los bordes de la misma. Aquella se refiere a la disciplina pública que se impone a actividades privadas, para que su desarrollo en el mercado o con arreglo a criterios de libre empresa se compatibilice con los intereses generales. Los bienes públicos que se mantienen bajo titularidad y gestión pública no plantean estos problemas porque deben ser administrados siempre desde la perspectiva del interés general. No obstante, como también hemos comprobado, el ámbito que ocupen los servicios públicos de titularidad pública es relevante

**755.**  
*Funciones...*

**756.**  
*... y bienes fuera  
del comercio.*

**757.**  
*Delimitación  
 negativa de los  
 ámbitos de la  
 propiedad y la  
 actividad  
 empresarial  
 privada.*

porque marca negativamente el espacio dentro del cual pueden desenvolverse las empresas y actividades privadas. Del mismo modo, la definición y alcance que se establezca respecto de los bienes que tienen naturaleza pública y son titularidad de entes públicos, delimita negativamente los ámbitos en los que puede desenvolverse el derecho de propiedad privada, para el que los bienes públicos marcan también una frontera infranqueable. Por una y otra razón, es relevante el estudio de los servicios de titularidad pública, según hemos hecho en un apartado anterior, y también lo es el análisis de los bienes públicos, como haremos seguidamente. Además, ni la reserva de servicios públicos, ni la de bienes públicos, a favor de las Administraciones públicas, supone necesariamente el apartamiento de los particulares de las tareas de la colaboración en la gestión, en el primer caso (ya hemos comprobado la vigencia de las fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos), ni excluye tampoco el uso por los particulares de bienes públicos, contando con las habilitaciones que la legislación exige en cada caso.

Con estas justificaciones podemos estudiar, por tanto, el régimen de los bienes públicos considerando, en todo caso, que se sitúa en la frontera de la actividad administrativa de la regulación y garantía, en cuanto que dirigida esencialmente a la ordenación de actividades y bienes de carácter privado.

## 2. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y BIENES PATRIMONIALES

Nuestro ordenamiento jurídico mantiene tradicionalmente una clasificación de todos los bienes y derechos de titularidad pública en dos grupos: bienes demaniales y bienes patrimoniales. El concepto de bienes patrimoniales no hay que confundirlo con el de patrimonio de las Administraciones públicas, que es más amplio y comprende, como expresa el artículo 3.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), «el conjunto de sus bienes y derechos cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos». Dentro de este supraconcepto se comprenden los bienes de dominio público y los denominados patrimoniales (artículo 4 LPAP). Los primeros los define el artículo 5.1 de la Ley citada del modo siguiente: «Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentran afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales». El apartado 2 del mismo artículo recuerda que tam-

**758.**  
*Patrimonio,  
 dominio público,  
 bienes  
 patrimoniales.*

bién «son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo 132 de la Constitución».

Por tanto, son bienes de dominio público, singularmente, aquellos a los que la ley les otorgue tal carácter o, desde luego, los expresamente referidos en el artículo 132 de la Constitución. También lo son, por determinación del artículo 5.1 LPAP citado, los que se encuentran afectados al uso general o al servicio público. Los bienes patrimoniales se definen, sin embargo, negativamente en el artículo 7.1 LPAP, donde se establece que forman parte de esta categoría los que, «siendo titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales».

Nos hemos referido, en el volumen I de este Tratado, a la formación y evolución de la noción de dominio público hasta recalar finalmente en el Código Civil (con mucha anticipación ya había llegado al Código napoleónico de 1804). El tratamiento jurídico que reciben estos bienes tiene que ver con los procesos de desvinculación y desamortización que se producen en el marco de la Revolución Francesa y, en nuestro país, con los gobiernos liberales que ocupan el poder, hasta la desamortización de Madoz de 1855. Es una excepción a la entronización de la propiedad privada en el centro de un nuevo sistema económico consagrado desde las primeras Constituciones y Declaraciones de derechos. Hay bienes que, por estar afectados a los servicios públicos, ser de uso público o tener gran relevancia para la riqueza o la defensa nacional, deben ser mantenidos bajo titularidad pública. El enfoque propietario llevó al Código napoleónico a identificar los bienes demaniales como aquellos que «no son susceptibles de propiedad privada». La expresión no fue afortunada porque permitía pensar que se trataba de una categoría de bienes insusceptibles de una relación de propiedad. Alguna doctrina del siglo XIX llegó a caracterizarlos de esta manera. Sin embargo, en Francia domina, como en España, la idea de que los bienes de dominio público constituyen propiedades de titularidad pública. La construcción doctrinal definitiva se debe a HAURIUO, que sostuvo que el dominio público es un derecho real de propiedad y denominó propiedades administrativas a los bienes que lo integran. Su definición del dominio público la han repetido los manuales y monografías sobre la materia desde que se formuló a principios del siglo XX: constituyen el demanio «las propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública que, como consecuencia de tal afectación, quedan sometidas a un régimen especial de utilización y protección». La doctrina española ha acogido mayoritariamente el mismo criterio, aunque con críticas y propuestas de revisión, en particular para susti-

**759.**  
*Definición de  
dominio público.*

**760.**  
*Formación del  
concepto.*



tuir la por la doctrina de las cosas públicas, tradicional en Alemania, que no parte de concepciones propietaristas sino de la afectación de bienes a destinos de naturaleza pública (L. PAREJO).

El Código Civil estableció una lista, puramente enunciativa, de algunas categorías de bienes que pertenecen al dominio público por estar destinadas a un uso general o a un servicio público. El artículo 339.1 dice que lo son, por estar destinados a un uso general, «los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos». El párrafo primero del artículo 344 menciona, como bienes de uso público de las provincias y los pueblos, «los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeados por los mismos pueblos o provincias». El artículo 3.1 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, de 13 de junio de 1986, mantiene enunciados semejantes. En cuanto a los bienes que son demaniales por estar afectados a un servicio público, el artículo 339.2 del Código Civil menciona «las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas mientras que no se otorgue su concesión». El artículo 4 del Reglamento de Bienes citado es más minucioso respecto de los bienes municipales y provinciales afectados a servicios públicos: expresa que «Son bienes de servicio público los destinados al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales, tales como casas consistoriales, palacios provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos».

Algunos conceptos utilizados en estas relaciones son claros y se refieren a bienes perfectamente identificables. Otros, sin embargo, son de precisión más dudosa en cuanto que, en bastantes ocasiones, no coinciden con los usados por el legislador en las regulaciones sectoriales correspondientes. Lo ordinario es, en efecto, que sea la propia legislación específica o, en aplicación de la misma, las Administraciones públicas, las que formulen las concreciones de qué bienes son de dominio público. Muchas leyes sectoriales, como las de aguas, montes, minas, carreteras y autovías, puertos, sector ferroviario, telecomunicaciones, patrimonio de las Administraciones públicas, etc., establecen calificaciones concretas de los bienes que integran el dominio público.

**761.**

*Relaciones de bienes de dominio público en el CC y en el RBCL.*

### 3. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL Y DETERMINACIÓN LEGAL DE LA DEMANIALIDAD: LOS LÍMITES DE LA DEMANIALIZACIÓN DE BIENES

El artículo 132 de la Constitución establece:

«1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regulará el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.»

El precepto transcrito contiene una referencia al núcleo esencial del régimen jurídico de los bienes de dominio público, asumiendo una concepción de la que, por lo pronto, se desprende que se trata de bienes que se diferencian de los de titularidad privada por estar afectados a alguna finalidad de interés general. La norma transcrita no se refiere a la afectación, pero sí a la desafectación como principio contrario en la que aquella, necesariamente, aparece implicada como un *príus*. También está la referencia a tres principios tradicionales arbitrados para la protección del dominio público, formados en diferentes épocas a lo largo de la historia, que son los de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. A su significación nos referiremos más adelante.

El apartado 2 del artículo 132 considera demaniales (*ope Constitutione*, por tanto) algunas categorías enteras de bienes que cita expresamente. Además, según el mismo apartado, son bienes de dominio público estatal los que determine la ley. No parece precisa la exigencia de una determinación legal, si se interpreta dicha prescripción a *contrario*, para que puedan ser afectados al dominio público bienes de otras Administraciones distintas de la estatal. Basta con que se produzca una afectación al uso o al servicio público para que la transformación de bienes patrimoniales de la Administración en bienes de dominio público se produzca. En todo caso, la prescripción del párrafo segundo advierte de la posibilidad de que las leyes califiquen como de dominio público categorías de bienes distintas de las que menciona el párrafo primero del mismo precepto. La operación consiste formalmente en una reserva a favor de la titularidad pública y del uso y servicio público de determinados recursos que, antes de que medie dicha

**762.**  
*Declaración  
constitucional.*

**763.**  
*Régimen del  
dominio público  
constitucional.*

**764.**  
*Habilitaciones para  
las declaraciones  
por ley.*

declaración, pueden ser de propiedad privada. Esta facultad de transformación jurídica está reconocida al legislador, con carácter general (tanto al estatal como al autonómico), en el artículo 128.2 CE, que habilita a que las leyes puedan «reservar al sector público recursos» esenciales. La habilitación no tiene ninguna referencia material, de modo que el legislador puede trasvasar al dominio público categorías enteras de bienes sin que exista un límite a estas decisiones que esté claramente establecido en la Constitución. La cuestión es importante porque implica siempre una transferencia de bienes desde la propiedad privada hacia la propiedad pública. O, si se quiere, una exclusión de la propiedad privada respecto de los bienes transformados en dominio público.

Las relaciones de bienes de dominio público, originariamente consignadas en el Código Civil y la legislación de régimen local, empezaron a expandirse, sobre todo, al final del siglo xx. No era, por ejemplo, en el siglo xix ningún problema ni se había considerado razón alguna por la que conviniera utilizar la técnica del dominio público para proteger el medio ambiente. Sin embargo, la razonable preocupación que el medioambiente suscitó en las últimas décadas del siglo xx justificó que se calificaran nuevas clases de bienes como de dominio público, como ha subrayado M. DARNACULLETA, y que se usara esta técnica para protegerlos y regularlos.

Algunas veces el empleo de la noción y la técnica del dominio público ha rebasado todos los límites de lo razonable, como ha destacado acertadamente M. M. FERNANDO PABLO, cuando se ha aplicado a bienes tan difíciles de delimitar y concretar como el dominio público radioeléctrico. La iniciativa de entender que el espacio que transitan las ondas radioeléctricas es dominio público procede de un órgano tan poco ilustrado técnicamente para comprender las singularidades de dichas ondas como es el Tribunal Constitucional. Pero, urgido de explicar el título que autoriza al Estado a intervenir en la autorización de televisiones y otros emitenes, cuyo establecimiento no puede dejarse a la iniciativa privada, se le ocurrió hacerlo, en varias Sentencias de 1982 (12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de septiembre; 79/1982, de 20 de diciembre) apelando a la repetida noción, afirmando que el espacio radioeléctrico es dominio público. «El hecho —dijo la última Sentencia citada— de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que debe ser calificado de dominio público». A pesar de que tal afirmación descabalgaba algunas convicciones que había mantenido siempre la doctrina sobre las propiedades públicas. Pese, también, a

que en la patria de la dogmática clásica del dominio público, Francia, el propio Consejo Constitucional (Decisión de 18 de septiembre de 1986) no se atrevió a decir que el espacio radioeléctrico fuera dominio público y apuntó que su regulación —imprescindible desde luego— puede hacerse buscando otras justificaciones. No obstante, en fin, todo ello, el legislador español se acogió a la autoridad del Tribunal Constitucional en materia radioeléctrica inmediatamente y en la primera regulación de las telecomunicaciones que aprobó (Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones) consagró la categoría. La Ley 11/1998, de 24 de abril (artículos 6 y siguientes), insistirá en la misma dirección y la Orden de 9 de marzo de 2000, que aprobó el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico, explicitó con pormenor el régimen jurídico de tan singular dependencia. La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ha mantenido el mismo criterio respecto del régimen jurídico del espectro radioeléctrico (artículos 43 y ss.).

Plantea la expansión del dominio público, directamente, la cuestión de si puede el legislador cambiar la naturaleza de bienes susceptibles de propiedad privada para transformarlos en propiedades demaniales de titularidad pública y, en su caso, cuáles son las consecuencias de tales declaraciones.

Es posible que una ley impida la propiedad privada en relación con una clase determinada de bienes. Las reservas al sector público de recursos esenciales, que permite el artículo 128.2 CE, pueden llevar consigo tal efecto. Ciertamente, esta abolición parcial de la propiedad privada podría considerarse contraria a su consagración en el artículo 33.1 de la Constitución. Pero, como ha observado, con razón, el Tribunal Constitucional, ni la Constitución ha configurado el derecho de libertad de empresa de modo que pueda hacerse efectivo sobre cualquier sector de la economía, *ni tampoco «garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a toda clase de bienes»* (STC 227/1988, de 29 de noviembre).

Lo que resulta preciso establecer es en qué casos las reservas al sector público de recursos esenciales constituyen expropiaciones en el sentido del artículo 33.3 de la Constitución, de modo que sea preciso indemnizar a los propietarios de bienes afectados por la medida.

No nos detendremos en este punto a explicar con el detenimiento necesario todos los criterios que deben manejarse para determinar cuándo una decisión de los poderes públicos tiene contenido expropiatorio (infra apartado IX). Pero a efectos de las reservas de recursos

**766.**  
*El espectro radioeléctrico.*

**767.**  
*Demanealizaciones de contenido expropiatorio.*

contempladas en el artículo 128.2, bastará con establecer el siguiente criterio general: la expropiación es siempre una privación singular de bienes; así está definida en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y de tal manera la ha identificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de modo continuo. Las reservas de recursos que impliquen la privación singular de bienes o derechos detentados por los particulares son expropiaciones y deben ser indemnizadas.

Distintas de la expropiación son las regulaciones generales o delimitaciones de los derechos de propiedad o patrimoniales, estableciendo para ellos un régimen distinto del que había venido aplicándose con anterioridad. Así ocurre cuando se califica como de dominio público una clase entera de bienes que, con anterioridad, eran objeto de la propiedad privada, como ocurrió, por ejemplo, con algunos aspectos de la regulación establecida en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. Dicha Ley mantuvo la naturaleza demanial de algunas clases de aguas continentales, que ya habían sido calificadas como de dominio público por la Ley de Aguas de 1879, pero restringió los derechos de aprovechamiento constituidos sobre algunas de ellas y amplió la demanialización incorporando también otras, como las subterráneas, sobre las que la Ley de 1879 había permitido la plena propiedad a los dueños de los terrenos que las alumbrasen.

Sin necesidad de otras matizaciones, respecto de la ampliación de la demanialización en aquella Ley, que no resultan necesarias ahora, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse con ocasión del recurso planteado contra la misma, en qué casos las restricciones de derechos preexistentes y la extensión del ámbito de dominio público son, verdaderamente, operaciones que requieren una indemnización. Para responder a esta cuestión, el Tribunal, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1988, utiliza la distinción entre privaciones singulares de la propiedad y «medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior». Mientras las privaciones singulares son indemnizables, dado su carácter expropiatorio, de acuerdo con el artículo 33.3 de la Constitución, las otras medidas legales «aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no solo

**768.**

Regulaciones  
generales y  
privaciones  
singulares.

puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues, por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social». Las operaciones de delimitación del derecho de propiedad no son expropiaciones ni conllevan indemnización.

#### 4. LA AFECTACIÓN DE LOS BIENES

Los bienes de dominio público tienen que estar, por imperativo legal, destinados al uso general o al servicio público. Los bienes patrimoniales también están al servicio de los intereses generales porque es lo propio de toda la actividad de las Administraciones públicas (artículo 103.1 CE), pero no se produce en su caso una afectación al uso y al servicio público, sino que es posible la explotación privativa de los mismos a efectos incluso de obtener ingresos derivados de ella. Cuando un bien patrimonial queda afectado a un uso o a un servicio público, se transforma en demanial. El artículo 65 LPAP lo expresa declarando que «La afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público». El mecanismo contrario es la desafectación, que describe el artículo 69 LPAP en estos términos: «1. Los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación por dejar de destinarse al uso general o al servicio público».

La afectación (fuera de los casos en que la Constitución expresamente declara la demanialidad de categorías enteras de bienes en el artículo 132) puede producirse mediante ley o mediante actos administrativos que deciden la adscripción de un bien concreto a un uso o servicio público. Las declaraciones legales no suelen bastar por sí mismas y siempre precisan de actos ulteriores de concreción, a efectos, cuando menos, de delimitar el ámbito a que alcanza la declaración legal. El artículo 66.1 de la Ley de Patrimonio se refiere a estas obligaciones de adscripción legal y por acto administrativo, subrayando la habitualidad con que se precisa el acto administrativo de concreción: «Salvo que la afectación derive de una norma con rango legal, esta deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquel integrado en el dominio público y el órgano a que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación».

**769.**  
Naturaleza.

**770.**  
Afectación por ley  
y por actos  
administrativos.

**771.**  
Afectación  
implícita.

También cabe la afectación implícita, que deriva de un acto administrativo dictado con una finalidad distinta pero que supone la adscripción de un bien a un fin público concreto. Así, por ejemplo, la aprobación de programas o planes de actuación, o proyectos de obras o servicios de los que resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público [artículo 66.1.d) LPAP]; o también la adquisición de bienes o derechos por expropiación forzosa: los bienes o derechos adquiridos se entienden afectados al fin de utilidad pública o interés social que justificó la expropiación [artículo 66.1.c) LPAP]. En fin, puede darse una afectación presunta en los casos en que un bien es utilizado, aun sin que medie ningún acto administrativo expreso, para fines de servicio público o uso general; el artículo 66.1.a) LPAP se refiere a este supuesto específico: «La utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general». También el apartado b) del mismo precepto se refiere a la adquisición de bienes o derechos por usucapión cuando los actos posesorios que hayan determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público. El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 1986, alude a los dos mismos supuestos de adscripción presunta que ahora recoge la LPAP: resulta la afectación, según el Reglamento, de la adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal, o cuando la entidad adquiera por usucapión el dominio de una cosa que viniere destinada a un uso o servicio público o comunal [artículo 8.4.b) y c)].

**772.**  
Afectación  
presunta.

La afectación no ha de mantenerse indefinidamente vinculada al mismo fin que la justificó originariamente: son posibles los cambios de afectación, denominados en nuestra legislación mutaciones demaniales. Pueden ocurrir estos cambios por determinación expresa de la propia Administración titular del bien correspondiente. El artículo 71.1 LPAP se refiere a ello: «La mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella». También es posible que la desafectación se produzca por *cambio de sujetos*: ocurre, por ejemplo, cuando la titularidad de la competencia de un ente administrativo pasa a otro, o cuando, sin cambiar la titularidad, se afecta a un órgano distinto del que tenía adscrito el bien originariamente. El artículo 71.3 LPAP se refiere a las reestructuraciones orgánicas que implican cambios de destino de los bienes y derechos afectados a órganos u orga-

**773.**  
Mutaciones  
demaniales.

nismos que se reforman o suprimen. En fin, se incluye como un supuesto típico de mutación demanial la *imposición de afectaciones secundarias* al mismo bien, cuyo ejemplo paradigmático es la instalación de raíles de tranvías o trenes ligeros sobre las calles o carreteras, que, en tal caso, soportan una doble afectación.

El término o cesación de la demanialidad ocurre cuando un bien pierde la condición de dominio público y se convierte en patrimonial. Como ya hemos indicado, es una operación que, como dice el artículo 69.2 LPAP, «Salvo en los supuestos previstos en esta Ley» debe producirse siempre de forma expresa. El precepto niega, en principio, que pueda haber desafectaciones implícitas y presuntas, lo cual no resulta del todo razonable considerando que la Ley contempla el fenómeno de afectaciones producidas de esta manera, sin declaración expresa. Como han observado algunos autores, con razón, por más que la Ley se empeñe en lo contrario, siempre será posible que haya bienes inicialmente afectados a un uso público que dejen de ser utilizados en tal sentido; o que se produzcan decisiones de la Administración que impliquen la exclusión del uso público de un bien demanial. En estos casos, no aceptar la desafectación implícita o presunta no empece a que esta se produzca materialmente. De manera que habrá una falta de sintonía entre la situación formal y la real, que puede resultar perjudicial para la buena gestión de los bienes públicos.

**774.**  
*Cesación de la demanialidad: supuestos de desafectación.*

## 5. ADQUISICIÓN Y ENAJENACIÓN

Los bienes que forman parte del patrimonio de las Administraciones públicas, sean de dominio público o patrimoniales, son adquiridos por aquellas por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico. El más relevante es la determinación constitucional del artículo 132.2, que vincula de un modo indefectible e irrenunciables las categorías de bienes, a que se refiere, al dominio público del Estado. Los demás bienes de titularidad pública pueden adquirirse, como dice el artículo 15 LPAP: a) por atribución de la ley; b) a título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación; c) por herencia, legado o donación; d) por prescripción; e) por ocupación. Por regla general, los bienes se entienden siempre adquiridos con carácter patrimonial, sin perjuicio de que ulteriormente se puedan destinar al uso general o al servicio público decisiones que los transforman en demaniales.

**775.**  
*Formas de adquisición.*

La atribución legal se produce en diferentes hipótesis que contempla la LPAP: el artículo 17.1 establece que «pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño»: la



**776.**

*Por ministerio de la ley: inmuebles sin dueño.*

regla se remonta, en nuestra historia legislativa, a la época medieval, y tiene expresiones concretas en las normas de la mitad del siglo XVIII (Decreto de Carlos III, de 27 de noviembre de 1785, que va a parar a la Ley de Mostrencos, de 9 de mayo de 1835) que tienen su reflejo final en la Novísima Recopilación (10,22,6). Estos bienes se adquieren por ministerio de la ley sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado, que podrá tomar posesión de los mismos en vía administrativa; si existiera un poseedor a título de dueño, habrá de entablarse la acción correspondiente ante la Jurisdicción civil (artículo 17.2, 3 y 4). También se adquieren por determinación legal los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años (artículo 18.1 LPAP).

**777.**

*Depósitos no gestionados.*

Las adquisiciones a título oneroso se rigen, a falta de determinaciones en la LPAP, por las normas del Derecho Privado, Civil o Mercantil (artículo 19). Una forma de adquisición onerosa es la resultante del ejercicio de la potestad expropiatoria (artículo 24.1), o las adquisiciones de bienes o derechos en virtud de adjudicaciones en procedimientos de apremio administrativo o para pago de deudas (artículos 25 y 26 LPAP). La adquisición onerosa mediante contrato puede llevarse a término utilizando los más diversos negocios jurídicos, ya que la ley admite la adquisición mediante cualesquiera contratos, típicos o atípicos (artículos 19, 110 y 115), sin perjuicio del reparto de competencias para la adquisición de cada clase de bienes dependiendo de su naturaleza (artículos 113, 116 y 120).

**778.**

*A título oneroso.*

Las adquisiciones a título gratuito pueden producirse por diferentes vías: si son de carácter hereditario, la aceptación siempre ha de entenderse hecha a beneficio de inventario (artículo 20.1 LPAP). Si se trata de sucesión legítima de la Administración, hay que estar a las normas del Código Civil y disposiciones complementarias (artículo 20.6 LPAP). El artículo 956 CC determina que heredará el Estado a falta de personas que tengan derecho a heredar, aunque debe aplicar una parte de la herencia a las finalidades que el precepto indica. También son adquisiciones a título gratuito las que proceden de comisos que suponen la apropiación coactiva por los entes públicos de objetos de tráfico ilícito, o que comporten peligro para la salud o la seguridad de

**779.**

*A título gratuito: herencia.*

**780.**

*Comisos.*

las personas, o como resultado de resoluciones sancionadoras de carácter penal o administrativos. Cuando los comisos son administrativos, se produce la transmisión de la propiedad a la Administración; los acordados en vía penal siguen una suerte distinta que concluye en su afectación a la cobertura de las responsabilidades civiles del penado (artículo 127 del Código Penal).

Las adquisiciones mediante usucapión se producen, de acuerdo con el artículo 22 LPAP, conforme a las reglas del Código Civil y las leyes especiales. La misma remisión hace el artículo 23 de la Ley respecto de las ocupaciones de bienes muebles. El caso más destacado es el del artículo 351.2 del Código Civil, concerniente a los bienes procedentes de naufragio, abandonados o perdidos en el mar (su régimen específico en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre régimen de auxilios, remolques, hallazgos y extracciones marítimas).

En relación con la enajenación de los bienes públicos, los de carácter demanial están protegidos con la regla de la inalienabilidad. Procede de la legislación medieval, como tuvimos oportunidad de estudiar en el volumen II de esta obra, se expresa en el Código Civil mediante la declaración de que no pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres (artículo 1.271) y de esta tradición ha pasado a ser una norma constitucional incorporada al artículo 132.1 CE. El artículo 30.1 LPAP repite la misma formulación constitucional. Sin embargo, los bienes públicos pueden enajenarse si no están afectados al servicio público o al uso público, es decir, desde el momento en que pierden su afectación. Cuando tienen la naturaleza de patrimoniales pueden ser enajenados utilizando los procedimientos que regulan las leyes. Rige, respecto de la venta de bienes públicos en general, la libertad de elección de la modalidad negocial, sea típica o atípica. Los artículos 131 y siguientes LPAP establecen referencias a las particularidades que han de seguirse en el caso de los inmuebles, muebles y derechos de propiedad incorporal. La enajenación de inmuebles es la que cuenta con una regulación más pormenorizada (artículos 135 y siguientes) que sirve de referencia a las demás:

a) La competencia para decidir la enajenación corresponde ordinariamente al ministro de Economía y Hacienda, a iniciativa de la Dirección General de Patrimonio del Estado, o a los presidentes o directores de los organismos públicos, salvo en los supuestos en que la ley reserva la decisión al Consejo de Ministros (bienes o derechos de valor superior a 20 millones de euros de tasación: artículo 135.3 LPAP). b) Antes de la enajenación se ha de depurar el inmueble o derecho real, respecto de su situación física o jurídica, practicándose el deslinde o la inscripción

**781.**

*Usucapión y ocupación.*

**782.**

*Enajenación: procedimientos.*

**783.**

*Enajenación de inmuebles.*

**784.**  
Concurso, subasta  
y adjudicación  
directa.

en el Registro de la Propiedad si no estuvieren hechos. c) La enajenación se puede llevar a cabo mediante concurso, subasta o adjudicación directa, pero el procedimiento normal es el concurso (artículo 137.2). La subasta puede utilizarse en supuestos previstos reglamentariamente y, en todo caso, respecto de bienes que «por su ubicación, naturaleza o características», sean inadecuados para atender las políticas públicas de vivienda u otras que consigna el artículo 8.2 LPAP. d) También se puede acordar la adjudicación directa en los casos tasados que consigna el apartado 4 del artículo 137 (que la adquirente sea otra Administración, una entidad sin ánimo de lucro, Iglesia, confesión o comunidad religiosa; cuando el inmueble sea necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a un fin de interés general, etc.).

**785.**  
Declaración de  
alienabilidad y  
expediente de  
venta.

El procedimiento para la enajenación está regulado con cierto pormenor en el artículo 138 LPAP: ha de formarse un expediente, instruido por la Dirección General de Patrimonio del Estado; el acuerdo de incoación del procedimiento lleva implícita la declaración de alienabilidad de los bienes, tras lo cual se publica la convocatoria del procedimiento de enajenación, se reciben las ofertas, correspondiendo la decisión definitiva, como antes hemos indicado, al Ministerio de Economía y Hacienda ordinariamente (para los bienes muebles, artículos 142 y 143, y para las propiedades incorpóreas, artículo 144 LPAP).

## 6. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

**786.**  
Título habilitante.

Los bienes de dominio público están sometidos a un régimen especial de utilización, codificado en la LPAP y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y con diversas y pormenorizadas regulaciones particulares en las leyes sectoriales relativas a cada una de las categorías principales de bienes de dominio público. La regla general respecto de la utilización es que es preciso contar con un título habilitante otorgado por la autoridad administrativa para poder ocuparlos o usarlos legítimamente (artículo 84 LPAP).

El demanio puede ser objeto de diferentes tipos de usos, que han sido objeto de una clasificación doctrinal muy asentada que ha terminado por acoger la LPAP y el RBEL. Es la siguiente:

— Uso común y uso privativo: «Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados». «Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público de modo que se limita

o excluye la utilización del mismo por otros interesados» (artículos 85.1 y 3 LPAP y 74 y 75 RBEL). En la Ley de Aguas (Texto Refundido de 20 de julio de 2001) se consideran «usos comunes» los concernientes a «usar de las aguas superficiales mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar ganado» (artículo 50.1). Los usos privativos, que suponen una utilización excluyente de las aguas, se adquieren por disposición legal o por concesión administrativa (artículo 52). En la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988, se consideran usos comunes de los bienes de dominio público «pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras o instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley» (artículo 31.1). Estos derechos de utilización son derechos reales limitados que se ejercen en cosa ajena; algunos autores clásicos como MAYER o HAURIUO lo consideraron expresión de un derecho de libertad personal constitucionalmente reconocido. El uso común de los bienes de dominio público puede realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción y las disposiciones que sean de aplicación. El uso privativo que determine la ocupación del dominio público con obras o instalaciones fijas deberá ser amparado por una concesión administrativa (artículo 86 LPAP).

— El uso común puede ser general o especial. En el uso común general «no concurren circunstancias singulares» [artículo 75.1.ºa) RBEL]. El especial implica que «sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de este» (artículo 85.2 LPAP). La Ley de Aguas citada considera usos especiales que requieren autorización la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y cualquier otro que no excluya la utilización del recurso por terceros. El aprovechamiento especial está sujeto a autorización administrativa (artículo 86.2 LPAP).

— También se distingue entre uso normal y anormal. El primero es el que se corresponde con la naturaleza de un bien de acuerdo con su finalidad («el que fuese conforme con el destino principal del dominio público a que afecte», dice el artículo 75.3 RB): bañarse en el mar, pasear por una calle. Anormal es el uso cuando implica una utilización

**787.**

*Uso común y uso privativo.*

**788.**

*Naturaleza de los derechos de utilización.*

**789.**

*Normal y anormal.*

de los bienes que no resulta necesariamente correspondiente con su naturaleza: una instalación de carácter recreativo en una playa.

— Los bienes demaniales pueden ser utilizados por la propia Administración, circunstancia que se dará comúnmente cuando se trate de bienes afectos a un servicio público. En este caso la utilización puede ser directa, por la propia Administración, o indirecta por sus concesionarios. Regula la LPAP estos extremos (artículos 87 y 88), y también la ocupación de espacios en edificios administrativos por terceros no vinculados a los órganos administrativos a los que están adscritos (artículo 89). Respecto de todos ellos pesan los deberes de conservación que la Ley impone (artículos 129 y 130).

— El artículo 104 LPAP regula la figura de las reservas demaniales, que habilita a la Administración General del Estado para reservarse el uso exclusivo de bienes destinados al uso general para la realización de fines de su competencia cuando existan razones de interés general o de utilidad pública. La declaración de la reserva compete al Consejo de Ministros y prevalece sobre cualesquiera otros usos de los bienes. Lleva implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, a efectos expropiatorios, de los derechos preexistentes que resulten incompatibles con ella. La duración de la reserva ha de limitarse al tiempo necesario para el cumplimiento de los fines para los que se acordó.

Los aprovechamientos especiales y privativos del dominio público, según lo indicado, requieren un título habilitante que será una concesión o una autorización, otorgadas por la Administración pública que sea titular del bien correspondiente. Si no existen condiciones generales que regulen el régimen de las mismas, las establecerá el ministro titular del departamento al que se encuentren afectados los bienes (artículo 91 LPAP). Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen. Las autorizaciones se otorgan por tiempo determinado, siendo su plazo máximo de cuatro años. Pueden ser revocadas unilateralmente por la Administración por razones de interés general, sin generar derecho de indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general. No son transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse

**790.**  
*Utilización  
por la  
Administración.*

**791.**  
*Reservas  
demaniales.*

**792.**  
*Concesiones y  
autorizaciones.*

**793.**  
*Régimen de las  
autorizaciones.*

en cuenta circunstancias personales del autorizado, o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión (artículo 92 LPAP).

El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectúa en régimen de concurrencia ordinariamente, aunque cabe el otorgamiento directo excepcionalmente (artículo 137.4 LPAP). La concesión se formaliza en documento administrativo, que es título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se otorga por tiempo determinado, siendo el plazo máximo de duración, incluidas prórrogas, el de setenta y cinco años. La competencia para otorgarlas corresponde a los ministros titulares de los departamentos a que se encuentren afectados los bienes de dominio público (artículo 93 LPAP). Los derechos sobre las obras, construcciones o instalaciones de carácter inmobiliario pueden ser transmitidos mediante negocios jurídicos, a los que se refieren los artículos 98 y siguientes de la Ley que, en este punto, ha flexibilizado la regulación anterior para hacer más factible que las concesiones sobre bienes demaniales puedan también ser utilizadas para la financiación de obras públicas, según hemos estudiado, por nuestra parte. Mientras las autorizaciones pueden ser revocadas libremente, las concesiones, para ser dejadas sin efecto, tienen que ser objeto de rescate, asumiendo la Administración la indemnización a los concesionarios de los daños y perjuicios que cause [artículo 100.d)].

El Reglamento de Bienes contiene una regulación más pormenorizada de las concesiones de dominio público que comprende: su naturaleza de título habilitante para los usos privativos y anormales del demanio (artículo 78); un carácter temporalmente limitado (artículo 79); las cláusulas esenciales que han de figurar en cada concesión que comprenden la delimitación del objeto sobre el que versan, las obras a realizar en su caso, plazo, derechos y deberes, canon a satisfacer por el concesionario, obligaciones de conservación, supuestos y condiciones de reversión de las obras realizadas, otorgamiento de la concesión sin perjuicio de terceros y salvo el derecho de propiedad, sanciones... (artículo 80), los requisitos que han de cumplimentar los interesados en ocupar de forma privativa el dominio público y el procedimiento a seguir para otorgar el título habilitante (artículos 82 a 88), las garantías a prestar (artículos 89 y 90), etc.

**794.**  
*Régimen de las  
concesiones.*

**795.**  
*Otorgamiento de  
las concesiones:  
derechos y deberes  
del concesionario.*

## 7. LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES PÚBLICOS

La LPAP regula la protección y defensa del patrimonio como una obligación de las Administraciones públicas, que se concreta en un deber general de custodia y en la necesaria utilización de diversos ins-

**796.**

*Deber general de la Administración.*

trumentos jurídicos que la Ley articula con tal finalidad. Todo el Título II de la LPAP está dedicado a esta materia, que se complementa, para las entidades locales, con lo establecido en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, artículos 17 y siguientes, y en la legislación sectorial reguladora de las diversas categorías de bienes públicos.

**A) Inventarios**

Un inventario es una relación de bienes o derechos en la que se contiene una descripción esencial de sus características y situación. Inventariar los bienes de que se es titular es una práctica completamente común tanto en el caso de las empresas y propietarios privados como debe serlo en relación con las Administraciones públicas que aspiren a mantener un conocimiento y protección adecuada de los que tienen bajo su titularidad. Sin embargo, es una constatación, que la doctrina ha repetido, la relativa dejación de las Administraciones públicas respecto del control de sus propios bienes inventariándolos. Solo se configuró como una obligación, en este sentido, en la legislación de finales del siglo XIX, y únicamente en relación con algunas categorías de bienes especialmente relevantes para el interés general como, por ejemplo, los montes: los catálogos e inventarios de estos bienes se imponen a partir de la Ley de 21 de diciembre de 1876, precisamente para determinar los que no deben ser objeto de venta y retenerse en mano pública por su especial utilidad pública. Sin embargo, en la actualidad el artículo 32.1 LPAP ha establecido el inventario como una obligación general: «Las Administraciones públicas están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio, haciendo constar, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso al que están siendo dedicados». Prevé la Ley la existencia de un Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, que ha de incluir todos los que integran el Patrimonio del Estado. La llevanza de este instrumento esencial corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado y comprende tanto los bienes demaniales como los patrimoniales, de los que ha de expresar las circunstancias que concreta el artículo 33 LPAP.

Respecto de las entidades locales, la misma obligación figura en el artículo 86 del Texto Refundido de la legislación de régimen local de 18 de abril de 1986, precisado y desarrollado en el artículo 17 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, en el que, partiendo de la obligación de formar

**797.**

*Concepto y finalidad.*

**798.**

*Aparición de la obligación de inventariar y regulación actual.*

**799.**

*Inventario General de Bienes y Derechos.*

**800.**

*Inventarios locales.*

inventarios comprensivos de los bienes y derechos, se especifica de un modo muy pormenorizado toda la información que tiene que contener la relación con respecto de cada tipo de bien incluido en la misma.

Los inventarios son siempre relaciones impuestas por las buenas prácticas de gestión para el conocimiento por los entes públicos de sus pertenencias, que es una condición previa e imprescindible para poder conservarlos y protegerlos debidamente, pero se trata de documentos internos que no tienen eficacia jurídica frente a terceros ni tampoco implican necesariamente que las propiedades que relacionan pertenezcan a la Administración o que su titularidad sea indisputable.

## B) Registros

Las Administraciones públicas están también obligadas a llevar a cabo la inscripción de sus bienes y derechos en los correspondientes Registros, ya se trate de bienes demaniales o patrimoniales (artículo 36.1 LPAP).

La inscripción en el Registro de la Propiedad ha constituido, durante muchos años, una cuestión especial ya que se entendió, en principio, que el Registro había sido creado como un instrumento de protección de los bienes de titularidad privada pero no de las propiedades públicas. De aquí que no se hicieran inscribir por las Administraciones públicas los bienes de que eran titulares. El Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 los exceptuaba expresamente de la inscripción, mencionando, concretamente, a los «bienes que pertenecen tan solo al dominio eminente y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos... las calles, plazas, paseos públicos y ejidos de los pueblos... las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas y cualesquiera otros bienes de uso común y general». Esta relación comprendía bienes de dominio público natural y de uso público, probablemente porque en su caso la utilización por todos era un hecho concluyente que hacía imposible constituir títulos de propiedad privada sobre los mismos. En todo caso, el Reglamento Hipotecario de 1915 extendió la excepción a todos los bienes públicos, y todavía en la reforma de 1959 el Reglamento se refería, para exceptuarlos de la inscripción, a los «bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil», así como a los «bienes municipales de dominio y uso público». Una fórmula más ambigua utilizó el artículo 43 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, que previó la inscripción por el Ministerio de Hacienda a nombre del Estado de los bienes que «sean susceptibles de inscripción».

**801.**  
*Eficacia jurídica interna.*

**802.**  
*La tradicional excepción de inscripción en el Registro de la Propiedad.*

**803.**  
*Reglamento Hipotecario.*



**804.**

*Regulación vigente:  
obligación de  
inscribir.*

El cambio hacia la situación actual procede del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, cuyo artículo 5 prescribió que «Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial». Y la LPAP de 2003, como hemos indicado antes, ha convertido la inscripción en obligatoria, regulando los títulos inscribibles y fomentando la práctica de las inscripciones (artículos 37 a 40).

### **C) Investigación, deslinde, recuperación posesoria, desahucio administrativo**

**805.**

*Prerrogativas para  
la defensa del  
patrimonio.*

Tanto la LPAP como el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (artículos 41 y 44 respectivamente) atribuyen a las Administraciones públicas correspondientes las siguientes facultades y prerrogativas a efectos de la defensa de su patrimonio: a) investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio; b) deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad; c) recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos; d) desahuciar en vía administrativa a los poseedores de inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

**806.**

*Cuestiones  
administrativas y  
cuestiones de  
orden civil.*

Las decisiones que adoptan las Administraciones públicas en ejercicio de estas facultades y prerrogativas tienen naturaleza administrativa y son, por tanto, impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero pueden suscitarse, en relación con estas decisiones, cuestiones de orden civil, principalmente las concernientes a la titularidad de los derechos, para las que es competente la Jurisdicción civil (artículos 41.2 y 43). Las Administraciones públicas están habilitadas para adoptar medidas cautelares o provisionales para asegurar la eficacia del acto que finalmente pueda dictarse, especialmente cuando exista un peligro inminente de pérdida o deterioro del bien (artículo 42 LPAP).

**807.**

*Investigación:  
fundamento y  
procedimiento.*

La investigación de la situación de los bienes y derechos que presumiblemente forme parte de su patrimonio es una facultad de las Administraciones públicas, que se desarrolla en el marco de un expediente formal que, en el caso de la Administración del Estado, resuelve el director general de Patrimonio. El procedimiento se inicia de oficio, por iniciativa propia o por denuncia de particulares. Se publica el acuerdo de incoación. La valoración de las pruebas aportadas por los interesados es objeto de un informe jurídico que corresponde emitir a la Abogacía del Estado. Finalmente, en la resolución declarará que el

bien es de titularidad de la Administración General del Estado cuando se considere suficientemente acreditada la misma, procediéndose a su tasación e inscripción en el Registro de la Propiedad.

A las personas que promuevan la investigación, denunciando la existencia de bienes y derechos que presumiblemente sean de titularidad pública, se les abonará como premio e indemnización de todos los gastos el 10% del importe por el que hayan sido tasados (artículo 48).

La potestad de deslinde que corresponde a las Administraciones públicas es expresión de la facultad que corresponde a todo propietario, según el artículo 384 del Código Civil, para la mejor identificación de los bienes inmuebles de su patrimonio cuando tengan límites imprecisos en relación con otros pertenecientes a terceros. La gran diferencia entre el deslinde administrativo y el civil es que la Administración decide finalmente y el acto administrativo correspondiente tiene carácter ejecutivo como es ordinario en todas las resoluciones de la Administración. Mientras que el procedimiento de deslinde se tramita no puede instarse ningún procedimiento judicial con igual pretensión (artículo 50.2 LPAP), pero, una vez finalizado, se pueden plantear las acciones judiciales que los interesados consideren pertinentes. Como ya se ha indicado, los vicios de procedimiento o de competencia que puedan concurrir son impugnables en sede contencioso-administrativa, y las cuestiones civiles de fondo ante la Jurisdicción civil. La disputa civil es posible porque la regulación general de la potestad de deslinde no incluye en la misma la posibilidad de formular declaraciones sobre la propiedad del inmueble cuando es disputada. No obstante, en alguna legislación sectorial como la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (artículo 13.1) se establece una regla especial mucho más contundente que alcanza la declaración sobre la titularidad de la propiedad: afirma el precepto que «El deslinde aprobado... declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados». Incluso se considera en dicha Ley que la aprobación del deslinde es título suficiente para rectificar las situaciones registrales contradictorias con lo declarado en el mismo. La regulación general, sin embargo, establece como efectos jurídicos del deslinde la práctica de las operaciones de comprobación y, en su caso, rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas; tales operaciones delimitan la finca a que se refieran y declaran provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma, no la propiedad (artículo 57 del Reglamento de Bienes).

**808.**  
*Premios.*

**809.**  
*Deslinde.*

**810.**  
*Declaración de la posesión y declaración de la propiedad.*

**811.**  
*Procedimientos  
especiales.*

El procedimiento de deslinde tiene diferentes versiones en nuestra legislación: dos de carácter general en el Reglamento de Bienes (artículo 58) y en la LPAP (artículo 52), y varias de carácter especial en las leyes reguladoras de diferentes categorías de bienes de dominio público; por ejemplo, artículos 11 a 16 de la Ley de Costas, 11 a 15 de la Ley de Montes, 87 de la Ley de Aguas, y 240 a 242 del Reglamento de dominio público hidráulico.

**812.**  
*Procedimiento  
general de  
deslinde.*

El procedimiento general establecido en la LPAP contempla la iniciación de oficio, por propia iniciativa de la Administración competente o a petición de los colindantes. En este caso serán a su costa los gastos generados. El acuerdo de iniciación se comunica al Registro de la Propiedad y se publica en el *Boletín Oficial del Estado* y en otros instrumentos de publicidad. La resolución del expediente, que debe producirse en el plazo máximo de dieciocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, se produce previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado. Una vez que el acuerdo sea firme, se procede al amojonamiento e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

**813.**  
*Recuperación  
posesoria.*

La recuperación de la posesión de los bienes y derechos es una potestad atribuida a las Administraciones públicas titulares de los bienes (artículo 70 del Reglamento de Bienes y artículos 55 y siguientes LPAP) que les permite, sin necesidad de impetrar auxilio judicial, recuperar la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio. Cuando se trata de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa ha de iniciarse antes de que transcurra el plazo de un año contado desde el día siguiente al de la usurpación. Transcurrido el mismo, la recuperación ha de producirse planteando las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil. En cambio, la potestad de recuperación de los bienes que tengan la condición de demaniales puede ejercerse en cualquier tiempo.

**814.**  
*Procedimiento de  
recuperación.*

La recuperación se acuerda en el marco de un procedimiento formalizado que requiere audiencia del interesado, comprobación del hecho de la usurpación y de la fecha en que se inició, tras lo cual sigue una intimación o requerimiento al ocupante para que cese voluntariamente en la usurpación, concediéndole un plazo de ocho días para que así lo haga. La resistencia permite la adopción de las medidas que sean pertinentes, que pueden consistir en la imposición de multas coercitivas o el lanzamiento, reclamando a tal efecto el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El desahucio administrativo, relacionado también entre las potestades de defensa de los bienes públicos en la LPAP y en el Reglamento de Bienes, según lo indicado, se configura como un procedimiento de ejecución forzosa de las decisiones administrativas, que, en el régimen de la LRJAP, puede considerarse incluido entre las medidas de compulsión sobre las personas, como hemos tenido ocasión de estudiar al tratar de los medios de ejecución forzosa. Consiste en la potestad de recuperar, en vía administrativa, la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros (artículos 58 LPAP y 120 y siguientes del Reglamento de Bienes). Los títulos que se extinguen o decaen pueden ser autorizaciones, concesiones o cualesquiera otros que habilitan para la ocupación del demanio, y la extinción de su eficacia puede producirse por circunstancias contempladas en el propio título o, en su caso, mediante expropiación. El acuerdo de desahucio, la fijación de las indemnizaciones que, en su caso, pudieran corresponder y el lanzamiento ulterior de los ocupantes tienen carácter administrativo. En la facultad de declarar la extinción o caducidad del título que otorga el derecho de utilización de los bienes de dominio público radica precisamente la peculiaridad del desahucio administrativo frente al judicial. La Administración no necesita auxilio jurisdiccional para declarar el desahucio y ejecutarlo. Para esto último se sigue el mismo procedimiento, ya señalado, que rige para la facultad de recuperación posesoria: notificación con apercibimiento, señalamiento de un plazo para la desocupación del bien, y, finalmente, multas coercitivas o desalojo forzoso y lanzamiento.

#### D) Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad

Las tres reglas con que define el régimen del dominio público el artículo 132.1 de la Constitución son la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad. El artículo 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales recoge esta misma caracterización que repite igualmente el artículo 30.1 de la Ley de Patrimonio.

La inalienabilidad de los bienes de dominio público es una regla que procede del Derecho medieval, según estudiamos en el volumen I, capítulo II, de este Tratado, donde nos remitimos ahora tanto para la fijación histórica de dicha prerrogativa como para la formación del principio de inembargabilidad y de imprescriptibilidad.

No obstante, estas condiciones afectan a los bienes públicos de naturaleza demanial en tanto que conservan esta condición. Si el acto

#### 815.

*Desahucio administrativo.*

#### 816.

*Decaimiento o desaparición de los títulos habilitantes de la ocupación por terceros.*

#### 817.

*Constitucionalización de las tres reglas.*

#### 818.

*Inalienabilidad: condiciones.*

**819.**  
Financiación de  
obras e  
inalienabilidad.

de afectación desaparece, lo que puede ocurrir, salvo en los casos en que la demanialidad ha sido declarada directamente en el artículo 132.2 CE, por cambios en la legislación o por decisiones administrativas de desafectación, los bienes pasan a tener la condición de patrimoniales y, en tal caso, es posible su enajenación en los términos que regula la legislación de patrimonio y bienes, y que hemos estudiado en un epígrafe anterior. Deben tenerse en cuenta también las transformaciones de régimen de los bienes de dominio público admitidas en la legislación de patrimonio y contratos del sector público, que permiten que la demanialidad de las obras públicas no es obstáculo para utilizar la concesión como activo para garantizar su financiación por terceros.

**820.**  
¿Desafectacio-  
nes tácitas por uso  
privado del  
dominio público?

Desde el momento en que se desafectan y adquieren la condición de bienes y derechos patrimoniales, también es posible que los bienes que estaban afectos a un uso o servicio público sean objeto de prescripción adquisitiva por terceros de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil (artículo 30.2 LPAP). Se puede hablar, como hizo en un estudio clásico E. GARCÍA DE ENTERRÍA, de usucapión del dominio público si, por una parte, se mantiene la ocupación del bien de dominio público hasta que se produzca la desafectación del mismo, por el uso contrario a su destino y, una vez producida la desafectación presunta, se mantiene la posesión durante el tiempo necesario para alcanzar la prescripción adquisitiva de acuerdo con las reglas del Código Civil. Pero esta posibilidad, a cuyo planteamiento dieron lugar algunos preceptos de la legislación de bienes locales y de aguas que admitían la desafectación presunta de bienes de dominio público cuando se prolongaba por un número determinado de años (veinticinco) la utilización privativa de los mismos, ha sido descartada en la legislación actual, que exige necesariamente que los actos de desafectación de bienes sean siempre expresos (artículo 69.2 LPAP). No obstante, la propia Ley de Patrimonio mantiene algunas excepciones a la desafectación expresa, que no son, sin embargo, óbice para el mantenimiento de la afirmación que acabamos de sostener. Se trata, por ejemplo, de la desafectación que lleva implícita el reconocimiento del derecho de reversión (artículo 24.4); las desadscripciones de bienes que llevan implícita su desafectación en cuanto que se produce la recepción formal del bien o derecho por la Dirección General de Patrimonio (artículo 79); los acuerdos de enajenación de bienes, que llevan implícita su desafectación (artículo 142.2), y el supuesto de enajenación previsto en el artículo 143.3. En fin, el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales también exige un expediente para cambiar la calificación jurídica de los bienes, que ha de ser resuelto expresamente por la corporación local. Pero se entiende implícita la desafectación

**821.**  
Desafectaciones  
implícitas.

cuando se aprueban planes de ordenación urbana y proyectos de obras y servicios, o cuando la entidad adquiere por usucapión el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal, o se mantiene la adscripción de un bien a dicho uso o servicio por más de veinticinco años. Ninguna de estas hipótesis es parangonable con la desafectación de un bien de dominio público por utilización contraria a su destino o afectación durante un plazo de tiempo determinado. Existe la afectación tácita pero no la desafectación provocada por el uso en contrario de un tercero. Por tanto, no tiene cobertura en nuestro Derecho actual la usucapión de bienes de dominio público.

Por lo que concierne a la regla de la inembargabilidad, implantada en la legislación de régimen local de mediados del siglo XIX y trasladada luego a la legislación general, se ha considerado una regla absoluta de protección de los bienes públicos hasta que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 166/1998, de 15 de julio, declaró que pueden ser objeto de embargo los bienes patrimoniales pertenecientes a las entidades locales que no se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público, puesto que su exclusión «no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el artículo 24.1 CE reconoce y garantiza». El carácter absoluto de la regla había provocado, en efecto, un blindaje prácticamente total de las cuentas públicas que impedía la ejecución de sentencias que contienen condenas económicas contra la Administración.

La regulación vigente ha tomado nota de esta jurisprudencia constitucional siguiendo sus criterios acerca de cuáles son las excepciones que pueden estimarse a la regla de la inembargabilidad de los bienes públicos. El artículo 30.3 LPAP y el artículo 23 de la Ley General Presupuestaria, de 26 de noviembre de 2003, contienen en la actualidad el alcance de la regla de la inembargabilidad y sus límites: ambos preceptos establecen que: «Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Más allá de estos supuestos, la regla de la inembargabilidad cede.

**822.**

*Inembargabilidad: excepciones según el TC.*

**823.**

*Límites a la inembargabilidad.*

### E) Otras técnicas de protección

En la legislación sectorial sobre bienes demaniales se contemplan otras figuras típicas diseñadas para la protección del dominio público, que tienen contenidos muy variados. Destacamos, para concluir la relación, las potestades de policía demanial, que implican la asignación a la Administración titular de los bienes de potestades de defensa de su integridad frente al uso indebido de que puedan ser objeto. De esta clase son las facultades contempladas en la Ley de Aguas, los artículos 92 (prevenir el deterioro y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, el uso sostenible del agua, la reducción de la contaminación, evitar la acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos...), 92 bis, 92 ter y 92 quáter (especialmente sobre objetivos medioambientales), 94 (sobre el contenido específico de la policía de aguas, que comprende facultades de inspección y vigilancia, realización de aforos, inspección sobre concesiones y autorizaciones, guardería fluvial...), 100 y siguientes (vertidos), etcétera.

**824.**  
*Política demanial.*

La otra gran técnica es la de la imposición de servidumbres para la mejor protección de los bienes de dominio público, que pueden concretarse en el establecimiento de zonas de protección que impidan la utilización de los predios colindantes para finalidades que puedan perjudicar la protección o el uso del dominio público, o también para facilitar el ejercicio correcto de las funciones de vigilancia, o el uso del bien demanial según la afectación o destino concreto que tenga.

**825.**  
*Servidumbres.*

La técnica de la imposición de servidumbres está contemplada en toda la legislación sectorial de dominio público y tiene variadísimas manifestaciones. En la Ley de Aguas, artículo 6, se establece que las márgenes de los cauces públicos están sujetas a una zona de servidumbre de cinco metros de anchura para uso público, y una zona de policía, de cien metros de anchura, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. Los artículos 47 y 48 regulan las servidumbres de los predios inferiores para recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, desciendan de los predios superiores, y la servidumbre de acueducto. La Ley de Costas contempla diversas clases de servidumbres: servidumbre de protección, que recaerá sobre una zona de cien metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, en la que están prohibidas edificaciones destinadas a residencia o habitación, tendidos aéreos, vertidos de residuos sólidos, escombros y aguas residuales, instalación de publicidad en carteles o vallas, etc. (artículos 23 y siguientes); servidumbre de tránsito, que recae sobre una franja de seis metros medidos tierra adentro

**826.**  
*En la Ley de Aguas...*

**827.**  
*... la Ley de Costas...*

a partir del límite interior de la ribera del mar, y que debe dejarse expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento (artículo 27); las servidumbres de acceso público y gratuito al mar, que recaen sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, y que tendrán la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso; se impone al planeamiento urbanístico y territorial que en las zonas urbanas y urbanizables se haga previsión de suficientes accesos, de manera que los abiertos al tráfico rodado estén separados entre sí como máximo quinientos metros, y los peatonales doscientos (artículo 28), etcétera. Otras servidumbres con el mismo objeto de proteger el destino de los bienes públicos están consignadas en la legislación de carreteras, ferrocarriles o transporte terrestre. También las servidumbres aeroportuarias que contempla el Decreto 584/1972, de 24 de febrero.

**828.**

... y otras normas.

## IX. PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS E INTERESES COMO LÍMITE DE LA REGULACIÓN: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

### 1. REGULACIÓN Y EXPROPIACIÓN

La expropiación, según la define el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, comprende «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos». Desde un punto de vista técnico y conceptual, se sitúa justamente en la frontera de la regulación. No tiene nada que ver con la determinación del contenido de los derechos, ni con la supervisión y vigilancia respecto de su ejercicio, ni con la resolución de conflictos, ni implica el ejercicio de potestades de limitación de cualquier clase, sino que se caracteriza por atacar directamente el contenido del derecho y sustraerlo, total o parcialmente, a su titular mediante una decisión singular, directamente dirigida a producir tal efecto de despojo. No se trata de una medida general, que afecte a todos los titulares de una misma clase de derechos o que se encuentren en una determinada situación jurídica respecto de los mismos, sino de un sacrificio especial y no exigible de los derechos contra los que la expropiación se dirige.

**829.***Más allá de la frontera de la regulación.*

En los sistemas jurídicos en los que se han desarrollado más las instituciones y técnicas de la regulación, como en Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene firmemente la distinción entre *regulation*, que comprende todas las medidas generales de deli-

**830.**

Regulation y taking.



mitación o limitación de derechos, de supervisión o inspección sobre su ejercicio y de garantía de los intereses generales, y *taking*, concepto que engloba las medidas que no regulan derechos porque consisten justamente en liquidarlos, atacarlos singularmente, sustraerlos de la disponibilidad particular de su titular. La diferencia tiene una significación jurídica principalísima, que se manifiesta de dos maneras principales: no es posible una operación que implique *taking* sin seguir el *due process*, esto es, las garantías constitucionales de carácter procedimental que aseguran los derechos frente a las acciones del poder público; y, de otra parte, frente a las medidas de *regulation*, las inmisiones que consisten en *taking* llevan consigo necesariamente la correspondiente compensación económica.

No siempre es fácil separar las operaciones de regulación de las de privación, ya que también aquellas pueden suponer restricciones y sacrificios a los derechos de los ciudadanos. La diferencia, como ya hemos establecido en un apartado anterior, radica en que las medidas regulatorias operan, por lo normal, con carácter general, mientras que las privaciones que socavan la integridad de un derecho son de carácter singular y, además, dirigidas de modo directo a la consecución de la finalidad del despojo. Aun así, hay que considerar que en ocasiones se producen operaciones expropiatorias generales que afectan, por ejemplo, como dicen los artículos 59 y siguientes de la LEF, a «zonas o grupos de bienes». Para salvar esta excepción suele añadirse pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia una última comprobación para diferenciar medidas regulatorias consistentes en la delimitación o limitación de un derecho, y, por otro lado, las privaciones singulares de carácter expropiatorio: se trata del criterio del enriquecimiento o beneficio. La privación singular en que consiste la expropiación implica una pérdida de la titularidad del bien o derecho por parte del afectado y un beneficio de otro a quien se atribuye un lucro o enriquecimiento (en nuestro sistema legal, el denominado beneficiario de la expropiación).

En todo caso, la legislación sectorial reguladora de infraestructuras y bienes públicos muestra la dificultad de establecer en qué supuestos han de ser indemnizadas las restricciones del contenido de los derechos por no poder ser consideradas medidas regulatorias sino de contenido expropiatorio. Una buena muestra son los diversos preceptos legales que imponen servidumbres y limitaciones a la propiedad privada, por exigencias de protección de las costas, carreteras, aguas públicas, ferrocarriles, navegación aérea, etcétera (Ley de Costas de 28 de julio de 1988, artículos 23, 24.2, 27 y 28; Ley de Aguas de 20 de

**831.**

*Singularidad, sacrificio especial y beneficio como criterios de la expropiación.*

**832.**

*Restricciones y servidumbres indemnizables.*

julio de 2001, artículo 47; Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988, artículos 20 y siguientes; Ley del Sector Ferroviario de 27 de noviembre de 2003, artículos 14 y 16; Ley de Navegación Aérea de 25 de julio de 1960, artículo 54). Afectan con diferente intensidad a la propiedad privada y se imponen con carácter general en las leyes correspondientes, pero en ocasiones se consideran indemnizables y en otros supuestos no, sin que sean evidentes las razones en que se funda la diferencia. Por ejemplo, no es indemnizable la servidumbre de protección, que recae sobre una zona de cien metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar, que impide toda edificación residencial, establecida en el artículo 23 de la Ley de Costas; tampoco es indemnizable (según la jurisprudencia, siempre que sea posible la redistribución de los aprovechamientos urbanísticos cuando estos están reconocidos en el planeamiento) la exclusión de edificaciones dentro de la «línea límite de edificación» a que se refieren los preceptos citados de la Ley de Carreteras. Pero sí son indemnizables la ocupación efectiva de la servidumbre de salvamento, que prevé el artículo 24.2 de la Ley de Costas, o la ocupación de la zona de servidumbre del artículo 22.4 de la Ley de Carreteras.

Una indagación más atenta de estas diferencias permite establecer que nuestra legislación atiende a dos criterios principales: la proporcionalidad de la medida en relación con la función social a que toda propiedad está afecta según el artículo 33.2 CE, de modo que si el sacrificio que tal función impone es general y no resulta desproporcionado respecto de un particular o grupos de ciudadanos concretos, no se genera derecho a la indemnización. Y el otro criterio es el de la intensidad de la medida: así se comprende que el establecimiento de una servidumbre no dé lugar a indemnización, pero la ocupación efectiva del espacio que dicha servidumbre comprende sí lo sea en todos los ejemplos citados.

La regla del enriquecimiento de un tercero en contrapartida al despojo del bien que sufre su titular es un criterio utilizado por nuestra propia legislación de expropiación forzosa para distinguir esta figura de otras técnicas que aparentan tener una exacta correspondencia con la misma y que, sin embargo, son instituciones distintas. El apartado 2 del artículo 1 LEF establece que «Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas». Se refiere a una práctica bastante extendida en la legislación del pasado siglo, especialmente en materia de abastecimientos, que imponía a los productores de determinados tipos de bienes de consumo la obligación de venderlos a un

**833.**

*Proporcionalidad e intensidad.*

**834.**

*El criterio del beneficio para diferenciar las ventas forzosas.*

comprador único, función que se encomendaba a un organismo público. La finalidad de estas operaciones era asegurar el abastecimiento de los mercados de productos de carácter estratégico. El comprador público más emblemático en España fue el Servicio Nacional del Trigo, organizado por Decreto-Ley de 23 de agosto de 1937, al que se atribuyó la competencia para adquirir toda la producción nacional a precios políticos, más elevados que los que se aplicaban en las transacciones internacionales, pero con el propósito de mantener el nivel de vida de los agricultores. En el ámbito de los mercados agrarios también operó, a partir de la Ley de 24 de junio de 1941, la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, que supuso la monopolización de la importación de los productos incluidos dentro de su ámbito de actuación. En los mercados financieros también se conocieron aplicaciones de estos conceptos: el Instituto Español de Moneda Extranjera, organizado por Decreto de 24 de noviembre de 1939, se ocupaba, en régimen de monopolio, del tráfico de divisas. La función pasó al Banco de España a partir de un Decreto-Ley de 1973.

Pero ninguna de estas operaciones, y otras similares que han ido desdibujándose mucho en la legislación actual, caracterizadamente contraria a los monopolios y favorecedora de la liberalización de los mercados, es parangonable con las expropiaciones como se ocupa de precisar el artículo 1, antes citado, de la LEF. Las ventas forzosas son técnicas de regulación que afectan a la totalidad de los operadores económicos, que tienen carácter general, tratan de ordenar un sector y no se ejecutan siguiendo, en absoluto, los procedimientos expropiatorios. Los precios de los productos sometidos a venta forzosa se establecen con arreglo a otras técnicas que tienen que ver con la ordenación de los mercados; el justiprecio en la expropiación, en cambio, no tiene nunca un sentido regulatorio de los precios de bienes o mercancías sino, simplemente, de compensación por la privación singular en que la expropiación consiste.

Tampoco puede considerarse que sean medidas expropiatorias las lesiones económicas que una determinada medida regulatoria puede producir y que genera un derecho a indemnización cuando son efectivas, evaluables y singularmente individualizadas. En estos casos el deber de indemnización deriva de la responsabilidad patrimonial en que incurre el regulador, sea el legislador mismo o la Administración pública en cualquiera de sus niveles o instancias, como consecuencia de las lesiones generadas por las medidas que haya adoptado (artículo 106 CE). La diferencia con la expropiación radica en que, en este caso, la privación singular de los bienes es el propósito directa-

**835.**

*Diferencias entre expropiaciones y ventas forzosas.*

**836.**

*Diferencias con la responsabilidad patrimonial.*

mente buscado cuando se adopta la decisión. Aquella se produce, además, en el marco de un procedimiento estricto y formalizado, determinado en la ley, que se incoa con aquella específica finalidad. En cambio, las lesiones que dan lugar a responsabilidad no se dirigen ni directa ni principalmente a privar de bienes y derechos a los ciudadanos, sino que se enmarcan en políticas regulatorias generales que pueden producir como consecuencia sacrificios especiales de derechos, que los ciudadanos no tienen el deber de soportar. Ocurre, por ejemplo, cuando el regulador cambia de modo subitáneo e inesperado el contenido de una determinada norma que implica la imposibilidad de ejercer derechos que tenía consolidados un particular o grupo de ciudadanos; mucho más notoriamente se genera la obligación de indemnizar, como ya nos consta, si el cambio de regulación afecta a la confianza legítimamente constituida sobre la estabilidad de la regulación preexistente. Sin perjuicio de la aplicación a estos casos de principios generales que la jurisprudencia ha incorporado a su doctrina habitual, en ocasiones es el propio legislador el que prevé la indemnizabilidad de determinados cambios normativos, lo que se justifica a título de responsabilidad por daños y no porque la medida sea encuadrable en el concepto de expropiación. Es el caso de las medidas indemnizatorias por cambio de planeamiento, que prevé actualmente el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

## 2. CONCEPTO, ÁMBITO Y MANIFESTACIONES DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

La configuración moderna de la expropiación forzosa [de cuya utilización por los poderes públicos hay ejemplos en la literatura medieval, está vinculada al constitucionalismo y a las concepciones económicas que lo alimentaron, entre las cuales la centralidad del derecho de propiedad y de la libertad de empresa. Al carácter sagrado e inviolable de la propiedad se había referido el artículo 17 de la Declaración de Derechos francesa de 1789. La misma formulación aparecerá en España pocos años después de aprobada la Constitución de Cádiz con la primera Ley de Expropiación Forzosa, de 17 de julio de 1836. Un par de años antes los procuradores habían elevado, ante la falta de una declaración de derechos en el Estatuto Real, una Petición de Derechos, el 28 de agosto de 1834, en la que se reclamaba, entre otras cosas, la declaración de que «la propiedad es inviolable, y se prohíbe la confiscación de bienes...». Pero fue en el debate del proyecto de ley de expropiación cuando emergió la figura de Argüelles reclamando, del estamento al que se dirigía, que, de forma explícita y terminante, declarase «como

### 837.

*El carácter sagrado  
e inviolable de la  
propiedad.*

sagrado e inviolable frente a la ley» el derecho de propiedad, para no dejar duda alguna de que así resultaba, aunque no figurara de modo expreso en el texto, de la Constitución de Cádiz de 1812.

**838.**

*Vinculación de la expropiación a las obras públicas.*

En la Ley de 1836 la expropiación es un instrumento al servicio de las obras públicas. La privación de la propiedad es legítima cuando resulta imprescindible para destinarla o afectarla a la realización de obras públicas. El artículo 1 de la Ley citada prescribía que «siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, corporación o establecimiento de cualquier especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad *para obras de interés público* sin que precedan los requisitos siguientes...». Tales requisitos eran: «Primero: declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública y permiso competente para ejecutarla. Segundo: declaración de que es indispensable que se ceda o enajene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. Tercero: justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse. Cuarto: pago del precio de indemnización». La vinculación de la expropiación con la obra pública en la ley es tan estrecha que no solo se insiste en ella en el artículo segundo, sino que también define en concreto qué son las obras públicas. Dice el precepto que «tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno o más pueblos cualesquiera, usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutados por cuenta del Estado, de las provincias o de los pueblos, bien por compañías o empresas particulares, autorizadas competentemente».

**839.**

*Definición de obra pública.*

Esta vinculación, mantenida en las primeras regulaciones decimonónicas, empezó a contemplarse con más flexibilidad desde mediados del siglo. Por lo pronto, para entender que también tenían la consideración de indemnizables las ocupaciones temporales de terrenos privados, así como las aperturas de canteras, extracciones de tierras y otras servidumbres, que no figuraban estrictamente en el concepto de expropiación pero que resultaban ineludibles para la realización de las obras. La Real Orden de 19 de septiembre de 1845 se refiere al problema, y el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 27 de julio de 1853 lo resolvió estableciendo requisitos concretos para la ocupación temporal de la propiedad privada.

**840.**

*Extensión a las ocupaciones temporales.*

Sin embargo, las grandes ampliaciones del ámbito en que puede desenvolverse la potestad expropiatoria se produjeron en el último tercio del siglo XIX, especialmente bajo el impulso de las necesidades provocadas por las obras de ensanche de las ciudades que reclaman la aplicación de la expropiación también a las obras urbanas. La Ley de

Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 aceptó, por primera vez, que pudieran expropiarse no solo los terrenos necesarios para la realización de la obra pública, sino también las zonas laterales y paralelas a la obra a ejecutar. Era la forma rudimentaria de retener, por parte de la Administración actuante, las plusvalías que la obra urbanizadora genera en los terrenos colindantes. El artículo 47 de la Ley se refería a la expropiación de las zonas laterales hasta veinte metros como máximo de fondo o latitud.

Con estos precedentes la formulación que utiliza la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que es la siguiente en el orden histórico de nuestras Leyes de expropiación (y que continúa vigente con su Reglamento de 16 de abril de 1957), es mucho más amplia porque considera que la expropiación por causa de utilidad pública o interés social puede referirse a «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

El objeto de la expropiación puede consistir, por tanto, no solo en la privación de un bien para trasladar su propiedad a otro sujeto a cambio de una indemnización, sino también en la realización imperativa de otra serie de operaciones materiales o jurídicas que también se consideran privaciones singulares de carácter expropiatorio. El enunciado del precepto admite que se trate de transferencias coactivas de la propiedad o de la titularidad de los derechos, con alcance general y absoluto, pero también de la privación de específicas facultades del derecho de propiedad como ocurre cuando se imponen servidumbres que mutilan parte del contenido esencial de la propiedad e implican expropiaciones parciales que afectan al derecho de uso como ocurre con las servidumbres de gasoducto o de paso de energía eléctrica (J. A. CARRILLO DONAIRE). Las SSTs de 29 de febrero de 1994, 22 de noviembre de 1996, 9 de diciembre de 1998, 3 de septiembre de 2004 y 31 de marzo de 2005, entre otras muchas, reiteran una jurisprudencia en materia de servidumbres que la STS de 4 de noviembre de 1996, en la misma línea, resume en la siguiente proposición: «...la afección derivada de la construcción de un gasoducto, con las limitaciones que impone, no son limitaciones administrativas de derechos, establecidas con carácter general en determinadas normas de tal naturaleza, sino afecciones concretas y singulares que por derivar de una actuación específica, han de resultar indemnizables, atendiendo el amplísimo

**841.**

*Extensión a las obras urbanas.*

**842.**

*Amplitud del concepto de expropiación en la Ley de 1954.*

**843.**

*Transferencias de propiedad o de otros derechos.*

**844.**

*Servidumbres.*

concepto que de la expropiación forzosa ofrece el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954».

**845.**

*Privaciones  
parciales o no  
plenas.*

Privaciones parciales del uso o disfrute pueden ser también las que conciernen a los aprovechamientos cinegéticos o forestales, como advierten las SSTS de 21 de octubre y 29 de noviembre de 2005. Las expropiaciones que afectan a terrenos con aprovechamientos de minerales de la sección A de la Ley de Minas (SSTS de 1 y 10 de marzo y 12 de julio de 2001, 20 de marzo de 2002, 16 de septiembre y 9 de noviembre de 2005). Todos estos son casos de expropiaciones no plenas en cuanto que no extinguen la propiedad del sujeto expropiado o los derechos e intereses sobre los que recae, sino que afectan a «facultades parciales del dominio o de derechos o intereses legítimos» (artículo 2 REF).

**846.**

*Destrucciones.*

En la legislación sectorial aparecen muchos supuestos de privaciones de bienes de carácter indemnizable que presentan las características más variadas: la destrucción imperativa de un bien o una cosa (impuesta para impedir la propagación de enfermedades animales en la legislación en materia de epizootias: Ley de 20 de diciembre de 1952), arrendamientos o prestaciones forzosas también justificadas por razones sanitarias (Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, artículo 26), o pueden revestir la forma de derechos de tanteo y retracto en los supuestos de ventas de bienes: estas previsiones se contemplan, por ejemplo, en la Ley de Patrimonio Español de 25 de junio de 1985, en el artículo 10.3 de la Ley de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres de 27 de marzo de 1989, en la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003 o en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008.

**847.**

*Tanteos y retractos.*

La naturaleza expropiatoria que tienen estas transmisiones encaja de lleno en lo que establece el artículo 1 LEF, que específicamente las comprende como uno de los supuestos de privación singular de la propiedad. Sin embargo, durante años se ha desarrollado en España, en algunas áreas en las que la legislación sectorial permite el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, una práctica sin ningún fundamento posible ni en la ley ni en el artículo 33.3 de la Constitución, según la cual las Administraciones públicas han retraído bienes con ocasión de operaciones de compraventa sin necesidad de demostrar la concurrencia de necesidades de utilidad pública que las fundamenten, y, además, sin indemnizar a los propietarios con los precios reales del bien retraído. Ha ocurrido esto especialmente en aplicación de la Ley Forestal del Estado de 17 de julio de 1941, desarrollada por un reglamento del mismo año, que permitía el ejercicio del derecho de

**848.**

*La sorprendente  
exclusión de los  
principios  
expropiatorios en  
los retractos  
administrativos.*

retracto sobre bienes de naturaleza forestal, sin necesidad de justificar otra cosa que la concurrencia de la circunstancia material de que el bien afectado fuera realmente un monte, y aplicando como precio el que figurara en las escrituras de compraventa con total desconsideración a si dicho precio coincidía con el de la finca o con el realmente pagado por el adquirente. Además, en el caso de que la transmisión no se notificara a la Administración forestal, el ejercicio del derecho de retracto no caducaba nunca por más años que transcurrieran, manteniéndose el mismo criterio para la valoración de las indemnizaciones con total independencia de que el propietario hubiera realizado gastos de conservación y mejora en el tiempo que transcurriera entre la compra y la adquisición por la Administración. De la disparatada jurisprudencia que consintió esta singularísima actuación de algunas Administraciones autonómicas hay una muestra final en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001 (recurso 4445/1995), 24 de noviembre de 2004 (recurso 6580/2001) y 2 de julio de 2008 (recurso 4720/2005), cuyas peores consecuencias han debido corregirse en aplicación de la nueva Ley de Montes de 2003.

Los principios en los que se asienta la expropiación forzosa tienen en nuestro ordenamiento actualmente rango constitucional, ya que han sido incorporados al artículo 33.3 CE: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». Igualmente, forma parte del catálogo de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, cuyo Protocolo 1 está dedicado específicamente a la protección de la propiedad (se incluyen en la jurisprudencia del TEDH, por cierto, desde la Sentencia *Beyeler v. Italia*, de 5 de enero de 2000, todas las manifestaciones de la transferencia coactiva de bienes, entre las cuales los retractos a que acabamos de hacer referencia). Desde la STEDH *Sporrong y Lönnroth v. Suecia*, de 23 de septiembre de 1982, el Tribunal exige un «justo equilibrio» entre la privación por razones de utilidad pública y la salvaguarda del derecho de propiedad, la compensación tiene que ser «proporcionada», ha de estar «razonablemente en relación con el valor del bien en el mercado» —SSTEDH *James y otros*, de 12 de febrero de 1986, y *Lithgow y otros v. Reino Unido*, de 8 de julio de 1986; *Papachelas v. Grecia*, de 25 de marzo de 1999; *Antiguo Rey de Grecia y otros c. Grecia*, de 23 de noviembre de 2000, etc. La protección se extiende no solo a bienes «corporales» sino a cualquier interés de carácter patrimonial siempre que sea actual y real y no hipotético —

**849.**  
Carácter  
constitucional de  
los principios.

**850.**  
Convenio de 1950  
y Carta  
de la Unión  
Europea.



Sentencias *Beyeler* citada, *Broviowski v. Polonia*, de 22 de julio de 2004; y *Zouboulidis v. Grecia*, de 25 de junio de 2009.

En fin, la misma protección resulta de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, con la redacción resultante del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 (artículo 17.1: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general»).

La regulación de la expropiación forzosa ha de establecerse, en nuestro ordenamiento, por la legislación estatal. El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en relación con la «legislación sobre expropiación forzosa». No obstante, lo cual es relativamente frecuente que la legislación autonómica contemple supuestos de aplicación singular de la institución expropiatoria, lo que ha sido valorado por las SSTS 37/1987, de 29 de marzo, y 17/1990, de 7 de febrero, como correcto en términos generales. Según dice esta última Sentencia, «salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados... es la legislación sectorial la que, en atención a los intereses públicos que trata de satisfacer, define de manera más específica o más genérica los supuestos de expropiación y permite poner en marcha el procedimiento expropiatorio regulado en la legislación general sobre la materia». Si resulta que, en razón al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, «son estas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropriandi* necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos pasivos. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquella debe servir».

### 851.

Competencias  
estatal y  
autonómica en  
materia de  
expropiación.

### 3. EL CARÁCTER DE LA RESERVA DE LEY EN LA EXPROPIACIÓN FORZOSA: EXPROPIACIONES DIRECTAS POR LEY Y EXPROPIACIONES EN EL MARCO DE LA LEY. LA DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA O DE INTERÉS SOCIAL

El artículo 33.3 de la Constitución, al igual que el Protocolo I del Convenio Europeo de 1950 o el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, subordina la legitimidad de la expropiación a la existencia de una habilitación legal que lo permita.

El legislador puede habilitar de dos maneras distintas la expropiación: autorizándola de un modo genérico para cuando concurren los supuestos de hecho que la ley prevé, en cuyo caso la operación expropiatoria se desarrolla, en ejecución de la ley, por la Administración pública competente y de acuerdo con el procedimiento establecido. O disponiendo directamente la expropiación de concretos bienes y derechos, de los que se priva a su titular desde la ley misma y en virtud de su mandato, sin que haya de seguir un procedimiento administrativo de ejecución, sino estableciendo la misma ley la tramitación sucesiva y las especialidades que han de regir en la ejecución de la decisión de despojo del bien o derecho. Esta última clase de intervenciones de legislador suelen denominarse expropiaciones legislativas. La primera clase de expropiaciones, amparadas también en la ley, se ponen en práctica mediante el procedimiento que actualmente establece la Ley de 16 de diciembre de 1954.

La intervención directa del legislador decidiendo la expropiación de bienes y llevándola a efecto desde la misma norma que la acuerda es una práctica infrecuente aunque cuenta con ejemplos muy notables tanto en nuestra legislación histórica como en la comparada. En el ámbito del Derecho comparado algunas expropiaciones acordadas por el legislador alemán en la primera mitad del siglo XX dieron lugar a que Carl SCHMITT ofreciera una valiosa opinión sobre su constitucionalidad en dos famosos dictámenes publicados en fechas muy distantes y sobre operaciones materialmente diferentes. Uno publicado en 1926 sobre la iniciativa popular para expropiar sin indemnización las propiedades de las Casas reales, y otro de 1952 a propósito del artículo 41 de la Constitución de Hesse. Se han expuesto con algún detenimiento sus conclusiones en el volumen II, pero recordaremos lo esencial: para C. SCHMITT las expropiaciones acordadas directamente por el legislador sobrepasan de la función de este en cuanto que no establecen reglas generales sino mandatos particulares e individualizados; no es propio

#### 852.

*Expropiaciones legislativas y expropiaciones administrativas de acuerdo con la ley.*

#### 853.

*Objeciones de C. SCHMITT a las expropiaciones legislativas.*

de la ley adoptar medidas particulares que carecen de un mínimo contenido normativo que trascienda del caso concreto. La garantía de la propiedad establecida en la Constitución supone que el legislador debe establecer únicamente el marco general dentro del cual la expropiación puede ser acordada, pero su ejecución debe corresponder a la Administración, y los conflictos que se generen han de ser resueltos por los jueces. Una expropiación acordada directamente por el legislador puede resultar contraria al derecho al juez legal que, en el tiempo del primer dictamen schmittiano, reconocía el artículo 105 de la Constitución de Weimar, porque no permite al expropiado una defensa adecuada en sede jurisdiccional. También ha de ejecutarse la expropiación conforme a un procedimiento concreto que no es legítimo que el legislador evite en operaciones expropiatorias concretas acordadas directamente por él. SCHMITT, en definitiva, concluía que, aunque sea posible la expropiación por ley, esta ha de dictarse con todas las garantías propias del Estado de Derecho, entre las cuales el sometimiento a un procedimiento tasado y el reconocimiento de garantías suficientes al expropiado.

**854.**  
*Expropiaciones  
legislativas en  
España.*

En nuestro Derecho, aunque existen ejemplos históricos de privaciones de bienes, de carácter expropiatorio, acordadas directamente por las leyes, que se han dado sobre todo en el marco de decisiones nacionalizadoras (Decreto-Ley de 28 de julio de 1927, que estableció el monopolio de petróleos; Ley de 24 de enero de 1941, que estableció el monopolio de RENFE; la Ley de 14 de abril de 1962, que publicó totalmente las acciones del Banco de España y demás Bancos oficiales, etc.), los problemas jurídico-constitucionales que estas decisiones legislativas plantean no han sido objeto de un debate importante hasta la expropiación de RUMASA, acordada por el Gobierno el 23 de febrero de 1983, que dio lugar a cuatro sentencias sucesivas del Tribunal Constitucional: 2 de diciembre de 1983, 19 de diciembre de 1986, 18 de abril de 1988 y 17 de enero de 1991.

**855.**  
*Problemas  
constitucionales.*

Estas sentencias han permitido el análisis, tanto en la sede del Tribunal como por la doctrina, de los principales problemas que plantean las expropiaciones legislativas y que radican siempre en la posibilidad de que el legislador disminuya las garantías, en el caso concreto, que la legislación general reconoce a quienes son expropiados de sus bienes y derechos. Tal rebaja puede consistir en el no reconocimiento, en absoluto, de la correspondiente indemnización, o su minoración injustificada; en la utilización de un procedimiento que no respete los principios esenciales en que se inspira el procedimiento general establecido para las operaciones expropiatorias comunes; o que, en fin, se

impida de modo absoluto la impugnación en sede jurisdiccional de modo que se prive también al expropiado de su derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre cada uno de estos problemas puede decirse lo siguiente:

a) Las expropiaciones sin indemnización son una contradicción jurídica inaceptable en nuestro ordenamiento constitucional. Una privación singular de bienes o derechos sin indemnización es una confiscación no admitida por el artículo 33.3 de nuestra Constitución, que configura la expropiación como una decisión imperativa e irresistible, pero compensada siempre con la «correspondiente indemnización». Por tanto, una ley que lleve a cabo una expropiación sin prever la indemnización justa es una ley inconstitucional. Los procedimientos para combatirla son los generales establecidos para el control de la constitucionalidad de las leyes, es decir, esencialmente, el recurso directo de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, con todos los límites que uno y otro presentan, según ya nos consta. El problema se planteará cuando el legislador no haya declarado expresamente que su intervención sobre la propiedad u otros bienes privados tiene naturaleza expropiatoria, sino que haya omitido toda referencia no solo a la indemnización sino también al carácter expropiatorio de la decisión. En tal caso, la primera cuestión será la de decidir en qué supuestos puede considerarse que una medida limitativa, sofocante o mutiladora de los derechos, tiene carácter expropiatorio. El problema no es especialmente grave en un ordenamiento como el nuestro, que cuenta con una definición general de la expropiación en el artículo 1 LEF que puede emplearse como *critérium* general para identificar las medidas que tienen tal carácter. Así lo hace sin mayores esfuerzos la jurisprudencia. Especialmente la del TEDH que, como hemos dicho más atrás, ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre la aplicación del Protocolo I del Convenio de 1950: estima que se rompe el equilibrio entre las exigencias del interés general que reclaman la privación total o parcial de un bien o derecho, y la garantía de la propiedad, cuando la inmisión es excesiva o desproporcionada o implica el despojo o mutilación de facultades que forman parte del contenido normal del derecho sin que se haya establecido una compensación adecuada.

b) La sustitución por el legislador, en un caso singular, del procedimiento expropiatorio general por otro ideado para el caso concreto, plantea el problema de la vulneración del derecho de igualdad. Las Sentencias del Tribunal Constitucional en el caso RUMASA, desde la primera de ellas, establecieron, para valorar la constitucionalidad de la medida, el criterio de examinar si se habían observado las garantías de

### 856.

*Ha de comportar siempre la «correspondiente indemnización».*

**857.**  
Principios  
esenciales de  
procedimiento que  
vinculan al  
legislador.

la propiedad que consigna el artículo 33.3 CE. Según argumentó, la decisión hubiera sido inconstitucional si la ley singular se hubiera separado del todo del estándar constitucional de garantías, para rebajarlo o desconocerlo. Siempre que las especialidades se justificasen por la excepcionalidad de la situación y fueran razonables y proporcionadas en relación con el supuesto de hecho sobre el que se proyecta la ley de caso concreto, la operación es constitucionalmente legítima, ya que «la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferencias o singularizaciones, sino en evitar que estas carezcan de justificación objetivamente razonable». Las garantías que tienen que respetarse en todo caso, porque constituyen un estándar que resulta del artículo 33.3 CE, son, según la tercera de las Sentencias RUMASA, de 18 de abril de 1988, la concurrencia de un fin de utilidad pública o interés social, el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización y la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes. En este último punto, la Sentencia distingue entre garantías derivadas de la Constitución, que son las que el legislador ha de respetar necesariamente, y garantías establecidas en las leyes, de las que puede prescindir otra ley singular; entre estas incluyó la Sentencia el derecho de reversión, que consideró de configuración legal y, por tanto, susceptible de ser desconocido por una expropiación legislativa singular.

**858.**  
Garantías judiciales  
frente a la  
expropiación  
legislativa.

c) En cuanto a la garantía judicial, de la que disponen por lo común todos los sujetos expropiados, de acuerdo no solo con la regulación establecida en la LEF sino en aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), ha sido el tema más debatido entre nosotros. La segunda y la tercera de las Sentencias RUMASA, de 19 de diciembre de 1986, y 18 de abril de 1988, respectivamente, abordaron el problema de la indefensión del expropiado, que no había podido volverse contra la ley ya que los ciudadanos no están legitimados en nuestro ordenamiento para plantear recursos directos contra una norma de tal rango. Pero, considerando que el interesado puede utilizar recursos de amparo contra actos aplicativos y, sobre todo, solicitar que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional concluyó, especialmente en la segunda de las Sentencias citadas, que «la inexistencia de recursos directos contra la ley no quiere, sin embargo, decir que los expropiados queden indefensos frente a la *causa expropriandi* declarada en una ley singular, pues estando esta sometida al principio de igualdad, los expropiados que consideren que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable podrán... solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad». Esta conclusión, des-

estimatoria de que se hubiera producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, fue ya objeto de contradicción en votos particulares a la primera de las Sentencias citadas y también a la Sentencia de 17 de enero de 1991, elaborados por el magistrado RUBIO LLORENTE. Entre la doctrina, fue R. PARADA quien expuso con más claridad la objeción a las expropiaciones legislativas directas derivada de la violación que producen del derecho a la tutela judicial efectiva. Algunos aspectos de estas críticas tuvieron acogida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 1993, que consideró que la circunstancia de que el titular del derecho expropiado no pudiera comparecer ante el Tribunal Constitucional para defender la cuestión de inconstitucionalidad planteada era contraria al artículo 6 del Convenio Europeo, que reconoce el derecho a la jurisdicción a través de un proceso con todas las garantías.

Problemas de la misma envergadura que la expropiación legislativa referenciada no han vuelto a producirse en España desde entonces, pero la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional ha condicionado mucho más estrechamente la legitimidad constitucional de las leyes singulares o de caso concreto. Hemos estudiado esta jurisprudencia en un volumen anterior de esta obra al tratar de las leyes singulares y ahí nos remitimos ahora. La doctrina referida en las SSTC 203/2013, 129/2013, 50/2015. Las Sentencias RUMASA ya habían advertido que dichas particularidades no podían exceder de lo necesario para atender las peculiaridades del caso concreto y siempre dentro de un marco de proporcionalidad y razonabilidad. Pero la Sentencia del TC de 3 de marzo de 2005 ha añadido algún requisito más desde el punto de vista de las garantías jurisdiccionales contra una expropiación legislativa: «Un acto legislativo expropiatorio —dice— solo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un juez contencioso».

A la postre, las soluciones están en la observancia de los mismos postulados que desarrolló C. SCHMITT en los dictámenes antes referidos: el legislador, aun cuando pueda establecer especialidades para una expropiación concreta, no debe ejecutar por sí la operación expropiatoria, que siempre ha de precisar una acción complementaria de la Administración para llevarla a efecto; es el procedimiento administrativo ulterior el que debe dejar abiertas todas las garantías jurisdiccionales, en los mismos términos que la Constitución y las leyes las reconocen de ordinario a cualquier ciudadano privado de su propiedad o derechos.

**859.**

*Límites a la  
reducción de las  
garantías  
ordinarias.*

**860.**

*La exigencia  
de un  
procedimiento  
administrativo de  
ejecución.*

Todos estos supuestos de expropiaciones legislativas son completamente distintos de aquellos otros en que el legislador adopta decisiones que lesionan los derechos e intereses de concretos ciudadanos de modo singular y evaluable, aunque no se trata de medidas dirigidas directamente a privar de un derecho, sino de regulaciones generales que producen el efecto de causar lesiones en el patrimonio de concretos ciudadanos. En estos casos puede surgir la responsabilidad del legislador que, como hemos examinado en el anterior apartado 1, siempre presenta características diferenciales de las operaciones expropiatorias.

**861.**

*Expropiación y responsabilidad.*

Bien distinta de la expropiación legislativa directa es la necesaria intervención del legislador para legitimar o habilitar el ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración. Ya se ha subrayado que el artículo 33.3 de la Constitución condiciona la legitimidad de la expropiación a la concurrencia de «causa justificada de utilidad pública o interés social». La existencia de esta causa justificativa la tiene que determinar siempre la ley, bien en términos generales, bien mediante decisiones específicas. Pero el carácter previo de la declaración de utilidad pública o interés social es un principio central en la Ley de Expropiación Forzosa, que eleva la existencia de esta causa declarada a requisito previo.

**862.**

*La declaración de utilidad pública o interés social.*

«Utilidad pública» era el concepto decimonónico que sirvió de patrón justificativo de la expropiación. Se expropia, como ya hemos visto, para la realización de «obras de utilidad pública». Así lo estableció la primitiva Ley de 1836 y el concepto fue pasando a las leyes sucesivas, se consolida en la de 1879 y no se amplía, para incluir también la noción de «interés social», hasta el Fuero de los Españoles de 1945. Aunque ni en este texto, ni en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 que lo acoge finalmente, se explica la significación del nuevo concepto, parece claro que, por la época en la que se establece, está vinculado a las proyecciones sociales de la ideología del régimen franquista (especialmente empeñado en demostrar tales orientaciones políticas en los años cuarenta de la posguerra civil) y no a que la noción de «utilidad pública» se hubiera quedado demasiado estrecha para dar cuenta de los fundamentos o las causas de la expropiación. Es cierto que el concepto de utilidad pública se aplicó exclusivamente, durante el siglo XIX, a las expropiaciones de inmuebles y que, a mediados del siglo XX, el instituto expropiatorio había conocido una grandísima expansión en cuanto que el legislador sectorial lo utilizaba ya como instrumento para la realización de otras muchas políticas distintas de las obras públicas. Pero aun así, parece evidente que el concepto de utilidad pública (como demuestra que es el único que utiliza

**863.**

*Emergencia y significación de los conceptos.*

el Protocolo 5, artículo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, como ya nos consta) bastaba como criterio único o causa justificativa de cualquier clase de expropiación forzosa.

La LEF y su Reglamento trataron en su momento de explicar las diferencias entre utilidad pública e interés social, estableciendo una vinculación entre el primer concepto y las exigencias de funcionamiento de la Administración (obras y servicios públicos). El adjetivo «público» querría significar que es una organización pública la beneficiaria de la expropiación y sus necesidades de funcionamiento las que la justifican. En cambio, el concepto de «interés social» podría referirse a cualquier interés prevalente al del titular del bien expropiado, de manera que su utilización como causa de una expropiación permitiría, sin esfuerzo, que pudiera ser beneficiario de la misma otro sujeto privado que tuviera encomendada la realización de una obra o la prestación de un servicio en el que estuviera concernido el interés general. Pero, aunque algunos tipos de expropiaciones, previstas en leyes sectoriales e, incluso algún procedimiento expropiatorio especial, utilizan exclusivamente el concepto «interés social», no han llegado a establecerse nunca criterios claros para decidir cuándo procede la aplicación de dicho concepto y no el de «utilidad pública» que, en la práctica y en la jurisprudencia, se manejan acumuladamente y, cuándo no es así, de forma intercambiable. Es superflua e innecesaria, en nuestro criterio, la dualidad referida.

La declaración de utilidad pública o de interés social es un «requisito previo» (así lo denomina específicamente la rúbrica del Capítulo I, Título II, de la LEF) para que pueda utilizarse la propiedad expropiatoria. Lo expresa así inequívocamente el artículo 9 LEF (coincidiendo con el artículo 33.3 CE): «Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado». Lo que se declara de utilidad pública o interés social no es, por tanto, la expropiación misma, sino el fin al que van a destinarse los bienes expropiados. Esta dedicación a un fin de tal relevancia es la causa de la expropiación, de la que depende no solo su legitimación y validez inicial sino, como veremos, el mantenimiento de su eficacia, ya que, si la causa desaparece porque los bienes dejan de estar destinados, total o parcialmente, al fin que justificó la expropiación, surge el derecho del expropiado a la reversión de los bienes, en los términos que más adelante estudiaremos.

**864.**

*¿Existen diferencias?*

**865.**

*La declaración como requisito y causa de la expropiación.*



La declaración ha de contenerse siempre en una ley y no puede ser sustituida por manifestaciones de voluntad procedentes exclusivamente de una Administración pública. La ley puede establecer la declaración de forma genérica o específicamente en relación con operaciones expropiatorias concretas. A ambos supuestos se refieren los artículos 10 a 13 LEF. El primero de estos preceptos ha convertido en ordinarias las declaraciones de utilidad pública genéricas (aunque esta práctica cuestione la necesaria intermediación concreta del legislador, la Constitución, artículo 33.3, no requiere, como tampoco lo exige ninguna de las Constituciones y Declaraciones europeas de derechos, que cada expropiación sea autorizada por el legislador; por el contrario, opera dicha potestad administrativa «de acuerdo» o «en el marco de» las leyes), al considerar que esta se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio. En los demás casos en que por ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada supuesto concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones, las leyes que los regulan hubiesen dispuesto otra cosa. En todos los casos no contemplados en una de estas declaraciones genéricas o implícitas, la declaración de utilidad pública debe hacerse mediante ley, ya se trate de bienes inmuebles (artículo 11 LEF) o muebles (artículo 12 LEF). Y este mismo criterio de exigencia de ley específica es el que se aplica a las declaraciones de interés social (artículo 13 LEF).

**866.**  
*Implícitas,  
genéricas y  
específicas por ley.*

#### 4. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

La LEF alude en los artículos 2 y siguientes a tres sujetos que intervienen en el procedimiento expropiatorio general: el expropiante, el beneficiario y el expropiado. Las definiciones de cada una de estas figuras están en el artículo 3 del Reglamento de la Ley (REF), aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957: «A los efectos del presente Reglamento, se entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria; por beneficiario, el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiados, y por expropiado, al propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable o titular del derecho objeto de la expropiación».

**867.**  
*Definiciones.*

## A) Expropiante

La potestad expropiatoria solo está atribuida por la LEF (artículo 2.1) al Estado, la provincia y el municipio. A estas Administraciones se han añadido, de un modo natural, después de la Constitución, las Comunidades Autónomas. La potestad expropiatoria está atribuida, por tanto, en términos exclusivos, a las Administraciones territoriales. La Ley no explica este criterio selectivo, que implica la exclusión como titulares de aquella a los entes de naturaleza institucional y corporativa, y a otros organismos y personas públicas o privadas que están vinculadas o integradas en las Administraciones territoriales. La razón de fondo es, sin embargo, fácilmente explicable: tal selección es parangonable con la que todos los ordenamientos jurídicos suelen hacer en relación con el reparto de la potestad reglamentaria. El poder reglamentario general, concerniente a la ejecución y desarrollo de las leyes, solo se atribuye a las Administraciones territoriales, que tienen la responsabilidad de velar, por la satisfacción de los intereses generales. Las Administraciones institucionales y corporativas tienen competencias específicas sobre los sectores o materias en las que recae su actividad, de modo que cuando se les reconoce el poder reglamentario es siempre en términos específicos y particulares. Las mismas razones determinan que la potestad expropiatoria solo se atribuya a entes territoriales que tienen encomendada competencias más amplias y generales para la atención de los intereses públicos. A diferencia con lo que ocurre con la potestad reglamentaria, los entes institucionales y corporativos no tienen reconocida, en ningún caso, la titularidad de la potestad de expropiar. Cuando el cumplimiento de sus fines exige la privación singular de algún bien o derecho, han de solicitarlo de la Administración territorial correspondiente, que podrá ejercer la potestad expropiatoria en beneficio del ente solicitante.

Implicando la expropiación un despojo, mutilación o sacrificio de la propiedad y derechos privados, y no una sencilla regulación de los mismos, es comprensible que la atribución de su titularidad se haga de un modo concreto y específico, que asegure un ejercicio ponderado de la misma.

Dentro de la Administración del Estado, el artículo 3 del Reglamento de la LEF especifica que las competencias para actuar en el procedimiento expropiatorio corresponden al delegado o subdelegado del Gobierno, que tiene atribuida la representación ordinaria del Estado en los expedientes expropiatorios. Siempre le corresponde al delegado o subdelegado la adopción del acuerdo más principal en la

**868.**  
*Administraciones territoriales.*

**869.**  
*Órganos que intervienen en el procedimiento.*

fase de iniciación del procedimiento, que es la declaración de necesidad de ocupación (artículo 18 LEF). Si las expropiaciones las deciden las Comunidades Autónomas, la misma atribución se traslada hacia los órganos competentes del Gobierno autonómico. Si las expropiaciones son realizadas por las Administraciones locales, los órganos ordinarios que han de intervenir son la Diputación Provincial o el Ayuntamiento Pleno (artículo 3.4 REF), aunque también el acuerdo de necesidad de ocupación es competencia del delegado o subdelegado del Gobierno. La posición y competencia de este solo se excepcionan en el caso de las expropiaciones que tienen por objeto la realización de obras públicas (artículo 98 LEF), en las que la Ley atribuye la competencia a los ingenieros jefes de los servicios respectivos.

## B) Beneficiario

Como antes se ha indicado, el beneficiario es el sujeto que puede instar a la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiado. Beneficiario de una expropiación puede ser el propio sujeto expropiante, lo que es frecuente. Pero la figura del beneficiario cobra toda su significación cuando recae en un sujeto distinto del expropiante. Su reconocimiento legal permite que los bienes y derechos objeto de expropiación sean adquiridos directamente por él. Con esta formulación, la Ley de 1954 supera la tradición de nuestra propia legislación y la solución, extendida en otros ordenamientos comparados, consistente en que el expropiante haya de asumir, en primer término, la titularidad de los bienes expropiados, para después transferirlos al sujeto encargado de la realización de la finalidad de interés público social que justifica la expropiación. Realmente nada impediría que la Ley hubiese regulado la doble transmisión aludida, facilitando los trámites y consecuencias jurídicas de todo orden, pero la LEF de 1954 optó por el ingenioso mecanismo jurídico indicado, que se ha conservado y funcionado razonablemente hasta la actualidad. Por otra parte, la presencia del beneficiario alivia a la Administración expropiante de algunas cargas indagatorias, de trabajo y económicas, que facilitan notablemente su tarea, como enseguida se verá.

El artículo 2, apartados 2 y 3, de la Ley distingue entre expropiaciones de utilidad pública y de interés social, determinando qué sujetos pueden ser beneficiarios en uno y en otro caso. Cuando la expropiación es por causa de utilidad pública solo pueden ser beneficiarios las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición. En las expropiaciones por interés social puede ser

### 870.

*Significado de la figura.*

### 871.

*Distinción entre utilidad pública e interés social.*

beneficiario, además de las entidades mencionadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurran los requisitos señalados por la Ley.

La distinción, como ya hemos señalado, no existe en otros derechos y tampoco ha sido recogida en las Cartas y Declaraciones de derechos europeas (Convención de 1950, Protocolo I, y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, revisada en 2007, artículo 17), que solo utilizan el concepto de «*utilidad pública*», como es común en otros sistemas jurídicos estatales europeos. Y menos sentido tiene aún que el concepto de interés social se haya configurado como más amplio. Pero es una peculiaridad de nuestro sistema, que procede del Fuero de los Españoles de 1945 y que ha sido acogido en la etapa constitucional sin ninguna crítica, hasta el punto de que la dualidad a que me refiero figura en el artículo 33.3 de la Constitución que, sin duda, se atuvo a los formulismos de la LEF.

La posición del beneficiario en la expropiación forzosa ya hemos indicado que es crucial, no solo porque sea el adquirente final de los bienes sino porque, además de tener la obligación de pagar por ellos el justiprecio que se establezca, tiene atribuidas otra serie de misiones importantes a lo largo del procedimiento expropiatorio. El artículo 5 REF establece cuáles son las «*facultades y obligaciones*» del beneficiario en la expropiación: es la parte del procedimiento expropiatorio a la que corresponde especialmente el impulso del mismo así como informar de las incidencias y pronunciamientos que sean necesarios. Le incumbe la obligación de formular la relación concreta e individualizada, en todos los aspectos, material y jurídico, de los bienes y derechos que considere necesario expropiar, así como la especificación de los titulares de los mismos (artículo 17.1). Tiene la facultad de convenir directamente con el expropiado la adquisición amistosa a que se refiere el artículo 24 de la Ley. Le incumbe muy esencialmente, el derecho y también la obligación, de actuar en la pieza separada de justiprecio, presentando su valoración u hoja de aprecio y aceptando o rechazando la que haya propuesto el expropiado. Fijado el justiprecio le corresponde su pago y en caso de disputa sobre el mismo, la consignación de la parte sobre la que haya acuerdo. También es el obligado a pagar las indemnizaciones de demora que procedan y le sean imputables. Cuando se genera, por las razones que estudiaremos, el derecho de los expropiados a la reversión de sus bienes, el beneficiario de la expropiación es el titular de las obligaciones y derechos implicados en dicha operación de retorno.

**872.**  
*Facultades  
y obligaciones  
del beneficiario.*

### C) Expropiado

La determinación del sujeto que ha de tener en el procedimiento el carácter de expropiado, lo determinan los artículos 3 y siguientes de la LEF.

**873.**  
*Cualidad ob rem.*

Las actuaciones del expediente expropiatorio han de entenderse, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. Es esta titularidad la que determina la posición de expropiado en el procedimiento; el sujeto o persona física o jurídica habrá de ser en cada momento el titular, de modo que cualquier adquirente ulterior de la cosa expropiada se subrogará en la posición del inicial sujeto expropiado (artículo 7 LEF).

**874.**  
*Identificación del expropiado.*

La Administración expropiante habrá de considerar propietario o titular a quien conste con este carácter en registros públicos que produzcan presunción de titularidad. Cabe prueba en contrario, pero aquella presunción solo puede ser destruida judicialmente. Si no aparece el titular en los registros públicos que crean la presunción indicada, el expropiante se entenderá con quien aparezca como titular en registros fiscales o, en último término, con quien lo sea pública y notoriamente (artículo 3 LEF). No solo los propietarios o titulares de la cosa expropiada tienen derecho a participar en el expediente en condición de sujetos expropiados, sino que el artículo 4 LEF también permite que adquieran tal condición, siempre que lo soliciten, los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos. Sin embargo, ninguno de los titulares de derechos o intereses puede discutir separadamente el justiprecio. Solo alcanza este derecho, como se deduce implícitamente del artículo 6.2 LEF, a los arrendatarios. En el caso de los arrendatarios ha de iniciarse para cada uno de los mismos un expediente incidental para fijar la indemnización que pueda corresponderle (se verá en el apartado siguiente que, además, la jurisprudencia le reconoce una posición especial cuando se trata de expropiaciones parciales de arrendamientos, en el marco de lo establecido en el artículo 23 LEF).

**875.**  
*Intervención del Ministerio Fiscal.*

Cuando el beneficiario y, por ende, la Administración expropiante, no puede identificar a través de los registros ni por ningún otro procedimiento a los propietarios o titulares de los derechos, ni se personaran estos en el procedimiento expropiatorio, una vez que se publica la relación de bienes a expropiar, como ordena el artículo 18 LEF, las diligencias se habrán de entender con el Ministerio Fiscal. El mismo criterio se aplica cuando los titulares o propietarios estuviesen incapa-

citados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa (artículo 5 LEF).

La cosa expropiada se adquiere siempre libre de cargas (artículo 8 LEF), lo que exige que concurren en el expediente todos los que tengan alguna titularidad sobre el bien o derechos reales o de otra clase constituidos sobre el mismo. No obstante el artículo mencionado acepta que pueda conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho. El artículo 9 REF establece un procedimiento específico para decidir sobre la subsistencia de estos derechos reales, que es de carácter contradictorio y concluye con una decisión final de la Administración. Estas reservas de derecho son distintas, como aclara el mismo precepto reglamentario en su apartado 3, de los supuestos en los que se promueva una «*expropiación parcial de facultades*», que tiene como característica esencial no afectar a la totalidad del bien o cosa sometida a expropiación. Ocurre de modo manifiesto en todos los supuestos en los que se imponen forzosamente servidumbres por razones de utilidad pública, hipótesis contemplada en muchas normas sectoriales.

La potestad expropiatoria tiene alcance general y afecta, desde luego, a cualquier persona que sea titular de bienes que interesa sacrificar por razones de interés general. Esto significa que no hay ningún sujeto que pueda resultar absolutamente excluido de la condición de expropiado. Ninguna Administración pública queda tampoco al margen de las operaciones expropiatorias, cuando sus bienes han de destinarse a una finalidad pública prevalente. Si se trata de bienes ya afectados a una finalidad de utilidad pública o de servicio público, más que la potestad expropiatoria, será pertinente la utilización de las facultades del titular del bien para desafectarlo o establecer sobre él otras afectaciones secundarias, siguiendo los procedimientos que hemos estudiado al tratar de los bienes de dominio público.

Existen, sin embargo, normas específicas cuando se trata de la expropiación de bienes de algún Estado extranjero, a las que hay que aplicar las normas de Derecho internacional pertinentes o, en su caso, lo establecido en Tratados bilaterales cuando se hayan referido, en concreto, al ejercicio de la potestad expropiatoria. Así ocurre con los Tratados con la Santa Sede, a los que se remiten específicamente los artículos 16 LEF y 23 REF. En la actualidad esa remisión hay que entenderla hecha al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, en punto al ejercicio de la potestad expropiatoria por el Estado, establece: «*los lugares de culto*

**876.**

*Conservación de derechos sobre la cosa expropiada.*

**877.**

*No hay sujetos exentos de expropiación.*

**878.**  
Bienes de otros  
Estados y de la  
Iglesia Católica.

*tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente» (artículo 1.5).*

## 5. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO GENERAL

**879.**  
Significado del  
procedimiento  
como garantía.

La remisión a la Ley, que formula el artículo 33.3 CE, tiene una primera consecuencia jurídica que radica en la necesidad de que el legislador autorice la expropiación, bien de modo singular, bien enmarcándolo en operaciones generales (planes de obras y servicios) que habiliten de modo implícito el ejercicio de la potestad. La segunda proyección de la reserva de ley, que ahora estudiaremos, exige que el poder de expropiar se use a través de un procedimiento formalizado que asegurará, por una parte, que la Administración expropiante ejercerá sus prerrogativas respetando la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (el apartamiento del procedimiento general, cuando es sustancial, desproporcionado y no justificado por el caso concreto, puede ser tachado de inconstitucional, según las SSTC de 19 de diciembre de 1986 y 3 de marzo de 2005), y, por otro lado, que todos los sujetos expropiados tendrán a su disposición las mismas garantías.

**880.**  
Procedimiento  
y vías de hecho.

El procedimiento general se establece en el Título II de la LEF y comienza con la declaración de necesidad de ocupación (artículo 21) ,la declaración de su utilidad pública o de interés general son requisitos previos sin los cuales no puede iniciarse el procedimiento expropiatorio. El seguimiento del procedimiento debido, observando sus trámites esenciales, es completamente determinante de la regularidad de la operación expropiatoria, ya que la propia ley las considera vías de hecho que puedan combatirse utilizando los medios jurisdiccionales de reacción, urgentes y especialmente garantizados, que el ordenamiento dispone contra tal clase de actuaciones irregulares.

**881.**  
Las requisas como  
excepción.

No obstante, el procedimiento general puede ser evitado cuando concurren circunstancias excepcionales que reclamen respuestas inmediatas que perderían totalmente su oportunidad y eficacia si hubiera de seguirse la tramitación ordinaria. Estas operaciones expropiatorias, al margen del procedimiento, se denominan en la Ley «requisas», y se fundamentan en emergencias de carácter civil (artículo 120) o militar (artículo 101).

**882.**  
Procedimientos  
especiales.

La LEF también regula diversos procedimientos especiales (que imponen algunos trámites particulares, pero que no suponen ninguna apertura a la desigualdad, ya que han de seguirse siempre que concu-

rran las circunstancias que la ley contempla), se justifican por diversas razones: la amplitud o extensión del objeto expropiado, el número de personas afectadas por la expropiación, las características de los bienes objeto de la expropiación, etc. Ejemplo de lo primero son las expropiaciones de zonas o grupos de bienes; de lo segundo, las que dan lugar al traslado de expropiaciones; y de lo tercero, las que se refieren a bienes de valor histórico, artístico y arqueológico. Fuera del texto de la LEF también existen regulaciones especiales; destacan las expropiaciones urbanísticas, contempladas tradicionalmente en la legislación del suelo.

## A) La declaración de necesidad de ocupación

### a) *Finalidad y contenido*

El artículo 15 LEF establece: «Declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación...». Este primer trámite y la declaración de utilidad pública o interés social tienen un sentido de complementariedad: aquella concierne únicamente a la identificación de un fin al que se van a destinar los bienes objeto de la expropiación. Seguidamente es necesario concretar qué bienes son los afectados.

La delimitación tiene que hacerse de un modo proporcionado y estricto: no puede la Administración ejercer su potestad declarando expropiable cualquier bien o, haciéndolo con más extensión que la precisa, con indiferencia de que los bienes señalados sean o no necesarios para la realización del fin a que la expropiación se contrae. La jurisprudencia ha expresado en muchas ocasiones los límites que, en tal sentido afectan el acuerdo de necesidad de ocupación: tiene que recaer en «la fijación de un bien concreto y específico» como dice la STS de 9 de marzo de 1993, que precisa también: «Tal fijación no puede quedar sometida al libre arbitrio de la Administración ni a un margen de discrecionalidad exento de control jurisdiccional. El bien elegido para la expropiación ha de ser siempre el que responda a la traducción más exacta y fiel de la finalidad perseguida, que en el supuesto de concurrencia de varias posibles soluciones de similar entidad expropiable, ha de dirigirse la elección por la que represente el menor sacrificio del derecho de propiedad privada». En esta idea insisten, por ejemplo, también las SSTS de 7 de febrero de 2005 y 26 de junio de 2007.

### 883.

*Conexión con la declaración de utilidad pública.*

### 884.

*Carácter estricto, concreto y preciso.*



**885.**

*Identificación de sujeto y objeto expropiado.*

Bien se comprende que es capital la función que cumple la declaración de necesidad de ocupación en el inicio del procedimiento expropiatorio: de su contenido depende la delimitación de los sujetos a los que afecta la expropiación y el objeto expropiado. Pero su significación aun trasciende estos aspectos concretos. Como analizamos hace años en otro lugar, también están conectados con la necesidad de ocupación otra serie de cuestiones sustantivas como las siguientes:

**886.**

*Funciones que cumple el acuerdo de necesidad de ocupación.*

— Concreta o especifica los bienes a expropiar, según lo indicado, con particular determinación de su extensión; asimismo, identifica a los titulares de esos bienes y sus derechohabientes, lo que resulta capital para que puedan concurrir como parte expropiada en el procedimiento a efectos de ejercer en plenitud sus derechos.

— Hace posible controlar la legalidad de la *causa expropiandi*, al concretarla mediante la resolución administrativa en que se contiene la propia declaración de necesidad de ocupación.

— Abre la posibilidad de que los interesados o afectados por el procedimiento expropiatorio puedan exponer y debatir sobre la mayor ventaja, o razonabilidad, o proporcionalidad, de la ocupación de otros bienes distintos de los designados, proponiendo localizaciones diferentes, más matizadas, de la operación expropiatoria.

— Permite impugnar el acuerdo adoptado en la medida en que incluya bienes que no sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación, haciendo valer, de esta manera, el límite preciso que fija el artículo 15 LEF, a la legalidad de la declaración.

— Cuando los bienes que se declaran sometidos a ocupación sean parte de otros que pueden quedar deteriorados o ser insusceptibles de explotación, la tramitación del acuerdo de necesidad de ocupación es la ocasión para solicitar que la expropiación se amplíe a la totalidad del bien (artículo 23 LEF).

**887.**

*Procedimiento y resolución.*

La necesidad de ocupación es la resolución administrativa que culmina un procedimiento, en el que debe darse oportunidad a los interesados para intervenir y debatir sobre todos o algunos de los extremos indicados. Ese procedimiento, regulado en el artículo 17 y siguiente de las LEF, se desarrolla del siguiente modo: a) incoado el procedimiento, es el beneficiario de la expropiación quien debe formular una relación completa e individualizada, en la que se describen, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación (artículo 17.1); b) recibida la relación, el delegado o subdelegado del Gobierno en la provincia abre un

período de información pública de quince días (artículo 18.1); c) cuando se trate de expropiaciones realizadas por el Estado la relación se ha de publicar en el *BOE*, en el boletín de la provincia y en uno de los diarios de más circulación de esta; además ha de comunicarse a los Ayuntamientos en cuyo término radiquen los bienes a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios (artículo 18.2); d) cualquier persona puede aportar los datos que crea pertinentes para rectificar errores o para oponerse a la ocupación de los bienes reseñados; en este caso deberá explicar los motivos y, además, señalar otros bienes que considere de preferente ocupación, justificándolo (artículo 19); e) resuelve definitivamente el delegado o subdelegado del Gobierno, declarando la necesidad de ocupación en la que se concretará definitivamente los bienes y derechos a que afecta la expropiación y designando nominalmente a los interesados con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites (artículo 20).

El acuerdo, así adoptado, inicia el procedimiento expropiatorio; se publica y se notifica a los interesados (artículo 21 LEF).

Es crucial la participación de los posibles afectados en el procedimiento que concluye con la declaración de necesidad de ocupación, porque es la ocasión de defender sus derechos y también de discutir, la pertinencia de expropiar los concretos bienes que figuran en la relación, y no otros, o, al menos, para depurar la lista de los excesos, o para evitar que se causen lesiones indebidas a bienes que resulten afectados y, en principio, no sea necesario expropiar. El procedimiento que ordena la LEF ofrece esas garantías, porque permite las alegaciones de los interesados. Sin embargo, su diseño garantista puede resultar desvirtuado porque, frente a los trámites generales que comprende, es más común la utilización de una excepción contemplada en el artículo 17.2 LEF. Permite este precepto que cuando un proyecto de obras y servicios comprenda la descripción material detallada de los bienes a expropiar y sus titulares, la declaración de necesidad de ocupación se entenderá *implícita* en la aprobación del proyecto. Esta alternativa, generalizada en la práctica, no autoriza, sin embargo, a privar de su significación al trámite marginando el debate; no es aceptable, como ocurre en algunos de estos procedimientos, que se omitan los anuncios y advertencias previas sobre el alcance de la expropiación, dejando que la identificación de los bienes concretos que van a resultar afectados dependerá del replanteo del proyecto, que es una simple operación técnica en la que, por lo normal, huelga la participación directa de los interesados. El carácter abusivo de estas prácticas ha determinado que la jurisprudencia se haya mostrado reticente a

**888.**

*Contradicción sobre los bienes incluidos en la relación.*

**889.**

*Declaraciones implícitas.*

aceptarlas incondicionalmente. Dice, a este propósito, la STJ de 23 de julio de 2002 que «estas declaraciones implícitas de necesidad de ocupación por razones de economía burocrática precisan que en ningún caso puedan entrañar menoscabo de las garantías del expropiado, pues la necesidad de ocupación solo se entenderá implícita, según hemos indicado, si las normas urbanísticas y, por ende, el proyecto aprobado contienen una descripción no solo material, sino también jurídica de los bienes o derechos a expropiar» (con precisiones en el mismo sentido exigiendo una participación de los interesados en la fase de elaboración de los proyectos, cuando les afectan directamente, también SSTS de 6 de marzo de 1997, 13 de febrero y 18 de abril de 2003, 16 de junio de 2004, etc.).

El párrafo final del artículo 17.2 sigue manteniendo la obligación del beneficiario, aun en los casos de las declaraciones implícitas, de formular la relación de bienes, aunque «a los solos efectos de la determinación de los interesados», lo que resulta imprescindible para identificarlos y tenerlos como parte expropiada en la tramitación subsiguiente, que no podía legalmente incoarse prescindiendo de aquellas.

b) *Impugnación de los actos que concretan la causa expropiandi y declaran la necesidad de ocupación*

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 cerró completamente la posibilidad de que pudieran ser objeto de impugnación separada tanto los actos administrativos que concretan las declaraciones genéricas de utilidad pública o de interés social establecidas en las leyes, constatando la concurrencia del requisito previo de toda expropiación, como el acuerdo mismo de necesidad de ocupación. A la inimpugnabilidad de las primeras no hay ninguna referencia directa en la LEF, pero no fue difícil de establecerla en la práctica aplicativa considerando que, por una parte, se trata de aplicaciones de una determinación legal, y por otra no siempre permiten identificar a los sujetos afectados e interesados, ya que se limitan a constatar que una determinada finalidad es de utilidad pública o de interés social, pero sin especificar los bienes que quedan afectados por la expropiación. No obstante, hay casos en que la determinación de los bienes y los titulares implicados se manifiesta desde la Administración expropiante al tiempo que se declara la utilidad pública. En tales casos, es indudable la legitimación de los afectados para defender sus intereses en sede jurisdiccional. Así lo apreciaron tres Sentencias pioneras del Tribunal Supremo de 10 y 15 de junio de 1994 y 14 de febrero de 1995.

La impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación ha tenido otros desarrollos y ha sido objeto de un debate diferente. De acuerdo con una tradición que se entronca con la legislación expropiatoria del siglo XIX, que fue objeto de una obra monográfica del autor de este Tratado de hace bastantes años, el acuerdo de necesidad de expropiación es insusceptible de ser impugnado en sede contencioso-administrativa. Prescindiendo de otros antecedentes, esta exclusión figura de un modo prescriptivo en el artículo 22 LEF que admite que contra la declaración de necesidad de ocupación pueda formularse un recurso de alzada; una vez interpuesto este, el párrafo 3 del indicado artículo establece: «El recurso habrá de resolverse en el plazo de veinte días. La interposición del recurso de alzada surtirá efectos suspensivos hasta tanto se dicte la resolución expresa. Contra la Orden Ministerial resolutoria del recurso *no cabrá reclamar en la vía contencioso-administrativa*».

La doctrina ofreció hasta tres interpretaciones posibles de esta norma: primera, que el debate sobre la declaración se agotaba en la vía administrativa, que lo permitía de modo amplio ya que se puede impugnar tanto por razones de forma como de fondo, pero, en cambio, no era posible la contradicción, en absoluto, en sede contenciosa; la segunda, que lo que no permite la ley es la impugnación de la pieza primera del procedimiento expropiatorio, que concluye en la declaración dicha, pero que se puede poner en cuestión dicho trámite, como cualquier otro expropiatorio, al final del procedimiento, como se deduce de lo establecido en el artículo 126.1 LEF; y tercera, que la exclusión del recurso directo contra el acuerdo de necesidad de ocupación es contrario a la garantía jurisdiccional efectiva de los bienes y derechos, ya que produce indefensión a los afectados que, al no poder discutir la decisión al tiempo que se produce, puede sufrir lesiones de difícil reparación.

Esta última interpretación, que es la que siempre hemos defendido como la única aceptable, fue reconocida por la jurisprudencia incluso antes de la aprobación de la Constitución, que estudió A. BLASCO ESTEVE (SSTS de 19 de junio y 6 de julio de 1971, 22 de noviembre de 1972, 3 de noviembre de 1976 y 10 de febrero de 1978), pero, una vez aprobada aquella, el Tribunal Supremo ha mantenido con firmeza que la exclusión de impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación resultaría, de aplicarse, atentatorio contra el artículo 24.1 CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva. El TS ha argumentado, además, que las exclusiones de actos administrativos del control jurisdiccional, amparadas en la previsión general contenida en el artículo 40.f) LJCA, que remitía a lo que establecieran otras leyes al respecto, hay que

**891.**

*Impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación.*

**892.**

*Opciones de recurso.*

**893.**

*Jurisprudencia sobre la impugnación.*

entenderlas derogadas por el indicado precepto constitucional. Derogado, por tanto, está también el artículo 22.3 LEF (el argumento, por ejemplo, en la STS de 30 de marzo de 1990). Otras muchas sentencias se limitan a declarar, sin pronunciarse sobre la vigencia del indicado precepto, su incompatibilidad con los artículos 24.1 y 106 CE. La máxima que repite esa jurisprudencia (SSTS de 4 de abril y 6 de junio de 1984, 3 de julio de 1993, 8 de junio de 1996) es la que condensa, por ejemplo, la STS de 13 de febrero de 2003: la jurisprudencia, afirma, «para salvar la exclusión que la LEF efectuó en su artículo 22 de la posibilidad de control jurisdiccional del acuerdo de necesidad de ocupación acomodando los preceptos con el artículo 24 de la Constitución, ha autorizado la impugnación del acuerdo, ya sea separadamente o con ocasión de la impugnación del justiprecio».

La impugnación podrá fundarse, como también sostiene pacíficamente la jurisprudencia referida y toda la doctrina, en razones de orden formal o de fondo. En este último caso la declaración de necesidad de ocupación implica la elección de los bienes que van a ser sacrificados. Como este despojo o mutilación, en su caso, de facultades inherentes al derecho, solo se justifica por razones de utilidad pública o de interés social (artículo 33.3 CE), es posible disputar a la Administración expropiante las razones de su elección cuando no concurra, de modo manifiesto, la idoneidad imprescindible que han de presentar los bienes para que pueda satisfacerse el fin de interés general al que van a ser destinados. O, de igual modo, aplicando a la decisión los test de razonabilidad o de proporcionalidad que, entre otros, permiten cuestionar cualquier clase de decisión discrecional, como es, sin duda, la que analizamos.

c) *Extensión de la expropiación a bienes no necesarios. La cuestión de las expropiaciones parciales*

La prescripción legal, contenida como ya nos consta en el artículo 15 LEF, que limita la expropiación a los bienes que sean estrictamente indispensables para el fin que la justifica, tiene dos excepciones contempladas en la propia ley. La primera está en el propio precepto citado que, en su inciso final, admite que «mediante acuerdo del Consejo de Ministros podrán incluirse también entre los bienes de necesaria ocupación los que sean indispensables para previsible ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate». La necesidad absoluta está, en este caso, matizada porque solo se exige a la Administración expropiante un juicio de previsibilidad que admite mayores márgenes valorativos.

**894.**  
Motivos formales  
y de fondo para la  
impugnación.

**895.**  
Previsiones de  
ampliación de la  
obra o finalidad.

Otro supuesto legal en que resulta más notoria la posible extensión de la expropiación a bienes que no son necesarios para satisfacer el fin de aquella, es el recogido en el artículo 23, cuyo tenor es el siguiente:

«Cuando la expropiación implique solo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquella resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de la finca no expropiada, podrá este solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible de recurso de alzada previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46.»

Es bien evidente que el ofrecimiento que el expropiado puede formular a la Administración expropiante para que decida ampliar la expropiación no se funda en razones de interés general, sino, primordialmente, en la conveniente económica del propietario, que a efectos de que no tenga que retener la titularidad de un bien, al que la expropiación inicialmente acordada causa deméritos que hace su explotación imposible o antieconómica. Pero el interés general en que la expropiación, inicialmente parcial, se extienda a toda la finca, también puede hacerse presente por razones evidentes: que una finca mantenga un rendimiento económico y que pueda ser explotada en términos razonables trasciende del interés del dueño primitivo; también es claro que si la Administración, como enseguida precisaremos, tiene que indemnizar por los deméritos que se produzcan en la parte no expropiada, convendrá más al interés general el traslado completo de la titularidad, que tal vez no implique costes mucho mayores que los que resulten de la indemnización por perjuicios.

Puede que en estas razones radique la peculiaridad que presentan algunas normas de nuestro ordenamiento agrario que han considerado que, en caso de expropiación parcial de una finca, su propietario tiene derecho a la expropiación total, derecho que es perfecto y exigible a la Administración (con antecedentes en la legislación decimonónica, la indicada fue la opción adoptada por el artículo 274 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973). En este sentido también la configuración de la expropiación total como un derecho es la regla cuando se trate de expropiaciones parciales de arrendamientos rústicos (disposición adicional 2.ª de la Ley 49/2003, de 20 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre).

La previsión del artículo 23 LEF, antes transcrito, no se ha considerado nunca por la jurisprudencia, entre nosotros, como ejercicio del

**896.**

*Artículo 23 LEF:  
Expropiaciones  
parciales.*

**897.**

*¿Interés particular o  
interés general en  
la ampliación de la  
expropiación?*

**898.**

*La expropiación  
total como  
derecho.*

**899.**  
*Límites a la  
 discrecionalidad  
 para decidir la  
 expropiación total.*

derecho subjetivo alguno, sino como expresión de una petición facultativa que la Administración es libre de resolver como quiera. Pero no parece acertado reconocer una discrecionalidad ilimitada a la Administración a este respecto, mucho menos cuando pueda constatare la concurrencia de intereses generales junto con los de carácter privado en la atención de la petición del expropiado. En estas circunstancias lo que procedería es constatar que, en efecto, la explotación de la parte no expropiada resulta «antieconómica», como exige el artículo citado. Y si así es, debe producirse la aceptación de la solicitud como más conveniente para el interés general. En ningún caso se trata aquí de que los bienes ofrecidos sean necesarios para la finalidad de la expropiación, sino de resolver las iniquidades resultantes de la operación expropiatoria. Es prescindible la justificación de su necesidad porque la privación no es, en el caso, forzosa, sino voluntaria, hecha a petición del interesado. Lo que hay que resolver es sobre las ventajas que, si es atendida, puede reportar al interés general.

No resulta suficientemente matizada, por tanto, la doctrina sostenida sin desfallecimientos por la jurisprudencia que mantiene que si no existe un deber de extender la expropiación a la parte de la finca no expropiada es porque, respecto de ella, no concurren los requisitos de la expropiación: utilidad pública y necesidad de ocupación (SSTS de 4 y 9 de junio de 1994, 4 de mayo y 30 de septiembre de 1995, 20 de junio de 1997, etc.).

El artículo 46 LEF establece que «cuando la Administración rechace la expropiación total, se incluirá en el justiprecio la indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca».

**900.**  
*Indemnización de  
 perjuicios.*

La única cuestión que plantea la interpretación de este precepto es si para tener derecho a la indemnización es preciso haber solicitado la expropiación total en los términos del artículo 23 LEF. La respuesta general de la jurisprudencia es que la indemnización por deméritos siempre ha de formar parte del justiprecio y opera con total independencia de que se haya activado la previsión del artículo 23 instando la expropiación total (SSTS de 8 de marzo de 1994, 17 de mayo y 26 de junio de 1999, 30 de marzo y 28 de noviembre de 2000, 26 de abril y 4 de junio de 2005, etc.).

**901.**  
*Derecho a ser  
 expropiado de  
 acuerdo con los  
 planes.*

Este derecho a indemnización suele excluirlo, sin embargo, la jurisprudencia cuando se trate de supuestos en los que la Administración no ejecuta la expropiación de terrenos prevista en los planes. En estos casos, la legislación urbanística reconoce el derecho a instar la expro-

piación, a la que la Administración está obligada. Es esta vía y no la indemnizatoria por daños la que ha de seguirse (SSTS de 30 de septiembre de 1995, 28 de mayo de 1997, 29 de septiembre de 1999). Tampoco, en materia urbanística, cabe la indemnización por afectaciones impuestas por trazados de carreteras u otras servidumbres cuando se puede compensar la edificabilidad, concretándola o redistribuyéndola (SSTS de 20 de enero, 7 de abril y 30 de octubre de 2001, 24 de febrero de 2002).

En fin, en cuanto a la exclusión de control contencioso de las decisiones de la Administración en materia de expropiaciones parciales, que establece el artículo 23 LEF, el desplazamiento y derogación de esta previsión por la Constitución se ha producido en los mismos términos que la anteriormente examinada relativa al artículo 22.3 de la misma ley.

**902.***Impugnación.***B) La determinación del justiprecio****a) La regla del previo pago**

El artículo 349 del Código Civil, al referirse a la expropiación forzosa, incluyó entre sus características institucionales la regla del previo pago de la indemnización que debe abonarse al expropiado. Estableció, en efecto, que «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización», añadiendo que «Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado». La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aunque no utilizó en el artículo 1, al definir la expropiación, la misma regla de la previa indemnización, la incluyó en el capítulo concerniente a las «garantías jurisdiccionales», como una de las esenciales: «... nadie podrá ser expropiado sino por causas de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». Y el artículo 125 habilita la interposición de interdictos de retener y recobrar, además de otras garantías jurisdiccionales, cuando se ocupan o intentan ocupar las cosas objeto de la expropiación faltando, entre otros, el requisito del «previo pago o depósito».

**903.***La regla en el CC y en la LEF.*

Estas determinaciones han permitido a la doctrina defender como incontestable que en nuestro ordenamiento jurídico el justiprecio no se ha configurado como el pago de una compensación o deuda que tenga que abonar el beneficiario al titular de las cosas objeto de expro-

**904.***¿Compensación o carga?*



piación, porque en el momento en que ha de efectuarse, ninguna obligación de reparación o compensación ha podido surgir todavía, que vincule al beneficiario. No hay tampoco ningún deber de reparar que justifique el abono de una indemnización. De esta manera, la indemnización expropiatoria sería, desde el punto de vista jurídico, una carga que el beneficiario de la expropiación tiene que levantar para obtener el resultado que la potestad expropiatoria propicia, que es el traslado de la titularidad del bien o derecho. Si el comportamiento en que consiste la carga no llega a hacerse efectivo, la consecuencia es que no se alcanza tampoco el resultado beneficioso que la necesidad de ocupación habilita a obtener. También puede decirse, desde la misma perspectiva, que la indemnización previa es un presupuesto esencial que determina incluso la validez de la operación expropiatoria entera, como se encarga de subrayar el artículo 125 LEF antes transcrito.

**905.**

*Presupuesto esencial.*

No obstante la vigencia en nuestro Derecho de la regla del previo pago, que es incuestionable, el artículo 33.3 de la Constitución no la ha acogido de modo expreso, ya que utiliza la expresión «mediante la correspondiente indemnización» y no la de «previa indemnización» o «previo pago». Esta circunstancia ha permitido que, en sede doctrinal y jurisprudencial, se plantee la cuestión de saber si la regla del previo pago carece actualmente de rango constitucional, de modo que el legislador es libre de asumirla o no. En nuestras Constituciones históricas, la de 1931 se alejó de la regla del previo pago, con la intención específica de dar cobertura a la legislación de reforma agraria, que permitió inmediatamente operaciones expropiatorias a crédito o incluso confiscaciones puras y simples, sin indemnizaciones de ninguna clase. Pero en la propia Ley de Expropiación Forzosa de 1954 también se contemplan algunos supuestos en los que la indemnización previa se excepciona. Especialmente en los casos de las requisas por razones de necesidad de acontecimientos catastróficos o situaciones excepcionales de orden público (artículo 120 LEF), o igualmente las requisas ordenadas por razones de orden militar contempladas en el artículo 101 LEF. Tampoco se cumple la regla del previo pago en las ocupaciones temporales, que son operaciones auxiliares de la expropiación principal y que consisten en la utilización de terrenos a efectos de la realización de estudios, recogida de datos, replanteo de obras, realización de instalaciones o constitución de depósitos de material, todos con carácter transitorio y provisional. El artículo 108 LEF prevé que se haga una estimación previa de los perjuicios que puedan causarse pero la cuantificación real de los perjuicios y las compensaciones que deban establecerse solo pueden determinarse exactamente al término de la ocupación, de modo que la regla del previo pago no es exigible. Por

**906.**

*«Correspondiente indemnización».*

**907.**

*Excepciones.*

**908.**

*Requisas.*

**909.**

*Ocupaciones temporales.*

determinación expresa del artículo 52 LEF también se exceptiona la regla del previo pago en el caso de las expropiaciones urgentes. Este es el supuesto más importante porque es el que, en la práctica, acontece con más frecuencia, hasta el punto de que alguna doctrina y jurisprudencia han denunciado que la excepcionalidad de la expropiación urgente, tal y como las contempla el precepto legal citado, ha mutado completamente hasta convertirse en el procedimiento de uso más común; todo se considera urgente, en materia expropiatoria, con independencia de la premura real que concurra para la realización de los fines a que la expropiación está destinada. Sin perjuicio de examinar más adelante este procedimiento, es de señalar ahora que la ocupación puede producirse con la simple formulación por la Administración de un depósito previo, calculado conforme a las reglas que establece el artículo 52.4.º, trasladándose la fijación definitiva del justiprecio a un momento posterior.

También es frecuente la inaplicación de la norma del previo pago cuando se trata de expropiaciones legislativas. Ya hemos estudiado en un apartado anterior que es característica de las mismas la asunción por el legislador no solo de la declaración de utilidad pública o interés social del fin al que van a destinarse los bienes expropiados, sino la instrumentación entera de la operación expropiatoria, asumiendo parcialmente la función que ordinariamente corresponde a la Administración y, eventualmente, acomodando a las peculiaridades del caso los trámites procedimentales que la LEF establece con carácter general. Ya nos hemos referido a los problemas de constitucionalidad que plantean las expropiaciones legislativas que se apartan del cumplimiento de trámites esenciales de la expropiación o disminuyen las garantías del expropiado. Las expropiaciones legislativas que no acogen la regla del previo pago también podrían ser cuestionadas si aquella fuera una regla constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión con ocasión de la Sentencia de 19 de diciembre de 1986, una de las concernientes a la expropiación de RUMASA, que fue acordada por el legislador ordenando la ocupación inmediata de los bienes afectados y remitiendo a un momento posterior la determinación del justiprecio. El Tribunal dijo en aquella ocasión que «el artículo 33.3 de la Constitución no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice «de conformidad con lo dispuesto por las leyes» hace que dicho artículo consienta tanto las expropiaciones en las que la ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo, por tanto, inconstitucional la ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio».

**910.**  
*Expropiaciones urgentes.*

**911.**  
*Inaplicación del previo pago en las expropiaciones legislativas.*

La cuestión debería darse por zanjada: por una parte, la propia legislación ordinaria recoge excepciones a la regla de la previa indemnización (aunque haya que insistir en que la configura como norma general) en los casos dichos de las requisas, las ocupaciones temporales y las expropiaciones urgentes; y, por otro lado, el legislador, cuando actúa directamente como expropiante, no suele atenerse a ella tampoco, lo que el Tribunal Constitucional ha aceptado como constitucionalmente legítimo. Sin embargo, se ha mantenido una firme crítica doctrinal, encabezada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, a la interpretación del artículo 33.3 CE del modo en que lo ha hecho la Sentencia antes mencionada. Los argumentos en contrario se resumen en lo siguiente: a) la expresión «mediante la correspondiente indemnización» equivale a «por medio de», que es la indicación del camino o procedimiento que conduce a la privación singular de bienes, ocupándolos y transfiriendo forzosamente su titularidad, operaciones todas ellas que están, según el propio precepto querría indicar, al final del recorrido; b) si se pudieran ocupar y utilizar bienes por la vía expropiatoria sin necesidad de su pago previo, estaríamos ante la imposición a los sujetos expropiados de una obligación adicional, en beneficio del beneficiario, que no tiene ninguna justificación desde la perspectiva de la institución expropiatoria: el expropiado otorgaría al beneficiario un crédito, que le facilita la realización de una operación económica ventajosa, que el propio expropiado financia, sin necesidad de que aquel tenga que recurrir a las vías ordinarias de obtención de recursos. Por otra parte, la propia Administración saca la ventaja de no tener que atender necesidades de interés general utilizando dotaciones del presupuesto general, que es de donde debe partir la financiación y no del patrimonio sacrificado. Además, esa financiación es una exacción económica y, para imponerla, incluso haría falta una ley específica como ordena el artículo 31.3 de la Constitución. Hay que considerar, además, que aunque se asumieran todos estos condicionamientos constitucionales y legales, cualquier recurso que se obtenga de un sujeto privado por la Administración tendría que ser ingresado en el Tesoro y ser adscrito a la atención de los gastos generales a través del Presupuesto General del Estado o de la entidad territorial correspondiente, no aplicado singularmente a un fin específico al margen del Presupuesto; c) por último, se ha argumentado también contra la interpretación que sostiene que la indemnización previa es una opción constitucional tan legítima como la indemnización a posteriori, reseñando que todas las excepciones que en la legislación se han reconocido hasta el presente a la regla de previo pago son excepcionales y tienen un fundamento específico: las requisas están avaladas por la emergencia o las circunstancias excep-

**912.**

*Defensa doctrinal de la regla del previo pago: fundamentos.*

**913.**

*¿Financiación forzosa del beneficiario?*

cionales que tratan de atender; las ocupaciones temporales, por la imposibilidad material de determinar a priori la cuantificación de un daño que es incuantificable cuando comienza, porque se prolonga tanto tiempo como duren las obras públicas que las hacen necesarias; las expropiaciones urgentes se deben a razones excepcionales, como expresamente comienza diciendo el artículo 52 LEF que las regula; y las expropiaciones legislativas, cuando marginan la regla del previo pago, pueden explicarse, de igual modo, por sus características diferenciales con respecto de las expropiaciones ordinarias. Por lo general, se trata de expropiaciones que afectan a muchos sujetos y se refieren a masas importantes de bienes; a veces son operaciones de nacionalización de bienes, en otros supuestos se trata de la demanialización de categorías enteras de bienes que antes eran de titularidad privada... Incluso puede decirse que los títulos constitucionales que se emplean para esta clase de operaciones expropiatorias son distintos, ya que, mientras las expropiaciones se amparan en el artículo 33.3 CE, las actuaciones de socialización, de demanialización, de nacionalización de bienes o de intervención y liquidación de derechos, se amparan en el artículo 128.2 CE. Y es razonable pensar de ellas que están, por su naturaleza, más próximas a las regulaciones generales de derechos que a las privaciones singulares de los mismos de naturaleza expropiatoria.

Nuestro punto de vista es que tanto el debate como los argumentos principales del mismo, primorosamente urdidos por otra parte, han sido desplazados por la jurisprudencia y por la práctica aplicativa de la ley por lo que resulta artificioso mantenerlos, y, a estas alturas de la aplicación de la Constitución de 1978, realmente innecesario. La expropiación forzosa, en nuestro ordenamiento jurídico, supone, desde luego, el máximo sacrificio de los derechos de naturaleza patrimonial y, por tanto, conviene extremar la exigencia de que se observen en su práctica las máximas garantías. Pero no hay ningún inconveniente para aceptar que en la Constitución la garantía patrimonial más determinante e inexcusable radica en una indemnización justa, adecuada al valor del bien que se expropia, siendo indiferente, como ha dicho el Tribunal Constitucional, que sea previa o posterior a la ocupación del bien. Nada de ello es contrario a que se mantenga como principio general, en la legislación ordinaria, la regla del previo pago. Pero tampoco autoriza a mantener a ultranza una interpretación de la Constitución que deriva de ella una regla que no establece. Todas las argumentaciones contrarias a las ocupaciones sin pago previo, cuando utilizan argumentos de tipo económico, se cifran en que el beneficiario de la expropiación obtiene una ventaja adicional, que va unida a la transfe-

**914.**

*Excepcionalidad de las derogaciones de la regla.*

**915.**

*Indemnización justa y plena, no necesariamente previa.*

rencia forzosa de la propiedad en su provecho, consistente en que se fuerza también al expropiado a financiar la operación, imponiéndole el deber adicional de tener que soportar el perjuicio complementario de no recibir la compensación inmediata por la porción de su patrimonio que pierde. Pero esta observación, a lo que debe conducir es a exigir que el cálculo indemnizatorio, cuando se haga, aunque sea al final de la tramitación de la expropiación, contemple el valor de los bienes en el momento de la ocupación, y prevea el pago de indemnizaciones e intereses necesarios para asegurar que la ecuación financiera entre el valor de lo expropiado y la indemnización finalmente recibida es exacta. Que el justiprecio, en definitiva, se adecua exactamente al valor que tenía el bien en el momento en que se inicia el correspondiente expediente que conducirá a su privación. Y, naturalmente, todo ello debe resolverse dentro de plazos perentorios.

Todo lo anterior, por otra parte, es lo que ocurre cuando la propia LEF autoriza las ocupaciones sin previo pago. Cuando se establece, finalmente, la indemnización en estos casos, es preciso determinarla considerando el valor de los bienes en el instante temporal en que la ocupación se produjo. Esta es la regla en las expropiaciones urgentes (artículo 52.7).

**916.**

*El pago como obligación de reparación.*

También es necesario aceptar que cuando, en los supuestos legalmente previstos, el pago no es previo a la ocupación, la indemnización deja de tener el carácter de carga, que es el que ordinariamente tiene según hemos dicho más atrás, para convertirse verdaderamente en una obligación de reparación por una lesión que, en el momento del pago, ya se ha producido porque la ocupación y privación singular se ha adelantado al mismo.

**917.**

*El momento de la transferencia de la propiedad.*

Hace años debatió la doctrina entre nosotros si en las expropiaciones urgentes la transferencia de la propiedad se producía con la ocupación; por tanto, antes de efectuado el pago. Frente a algunos autores que sí lo aceptaron (J. A. GARCÍA TREVIJANO, R. PARADA, el autor de este Tratado y otros), alguna doctrina consideró que la ocupación en la expropiación urgente era una «requisita de uso» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ) cuya significación radica en que permitiría la utilización de los bienes pero no como titular o propietario de los mismos. Esta postura permitiría seguir manteniendo que no hay transferencia de la propiedad sin indemnización. Actualmente, sin embargo, estas objeciones han dejado de sostenerse y se acepta que la transferencia de la propiedad en la expropiación urgente se produce con la ocupación.

b) *La determinación del precio por mutuo acuerdo*

La LEF da preferencia al acuerdo de las partes, como método más adecuado para la fijación del justo precio. Según su artículo 24, la Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquella libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. Según el artículo 25 REF, la adquisición por mutuo acuerdo debe contar con una propuesta de la jefatura del servicio encargado de la expropiación, en la que se concrete el acuerdo que se haya alcanzado, con remisión a los antecedentes y características que permitan apreciar el valor del bien objeto de la expropiación. En el expediente debe constar el informe de los servicios técnicos correspondientes en relación con el valor del bien objeto de la expropiación y la fiscalización del gasto por la intervención. El procedimiento concluye con la resolución del ministro o, en su caso, del órgano correspondiente de la corporación local o entidad respectiva. Bien se aprecia en este precepto que es un problema importante la asignación de un valor objetivo de los bienes expropiados que sea correcto, ya que no sería aceptable que los acuerdos amigables fueran un subterfugio para la transmisión de bienes por valores distintos de los reales, muy especialmente si la cuestión sirve para que la Administración abone precios superiores a los del mercado.

La circunstancia de que la transmisión de los bienes ocurra en el marco de un acuerdo amistoso no supone un cambio de naturaleza de la operación jurídica, que pasaría de ser expropiatoria a una relación privada de compraventa. La jurisprudencia ha estado atenta a advertir que estas adquisiciones amistosas siempre se producen *ope expropriationis*, lo que implica que todas las garantías establecidas en relación con la expropiación forzosa se mantienen. Las SSTS de 21 de abril de 1997, 21 de enero y 3 de noviembre de 1999, 2 de marzo de 2004, 14 de febrero de 2006, entre otras, establecen reiteradamente dicha doctrina. La primera de las sentencias citadas señaló que «la adquisición amistosa de los bienes o derechos objeto de expropiación a que se refiere el precitado artículo 24, ciertamente se produce, cual expresa la Sala de primera instancia, *ope expropriationis*, esto es, que la transmisión se opera como consecuencia o en razón de la expropiación que gravita sobre aquellos... (por ello) la inexistencia de la *causa expropriandi* aunque haya sido sobrevenida determina la nulidad de las actuaciones seguidas en el expediente expropiatorio...». También dice la STS de 3 de noviembre de 1999 que cuando se produce un convenio de cesión

**918.**

Preferencia.

**919.**

Contenido del expediente de mutuo acuerdo.

**920.**Adquisición amistosa *ope expropriationis*.

**921.**

Se mantiene la disciplina jurídica de la expropiación y el régimen de garantías.

de terrenos con el fin de evitar la expropiación «el hecho de que dicha transmisión haya tenido lugar *sub specie expropriationis*, esto es, en contemplación de una operación expropiatoria que, iniciada o no, constituye la base del negocio jurídico realizado (ya que el mismo no habría tenido lugar o se habría producido en condiciones distintas en la hipótesis de que no se hubiese contemplado el ejercicio potencial de la potestad expropiatoria por parte de la Administración), la operación realizada queda sometida, desde el punto de vista sustantivo, y en la medida en que sea compatible con las estipulaciones del convenio, a la disciplina y efectos propios de las exacciones coactivas de bienes mediante indemnización y, por ende, al régimen de garantías inherentes a la expropiación forzosa en cuanto resulte aplicable, pues otra solución privaría al propietario o titular de derechos o intereses económicos susceptibles de expropiación de la facultad de beneficiarse de las medidas con que el ordenamiento protege el derecho de propiedad...».

Quedan, desde luego, al margen de este régimen jurídico los acuerdos de naturaleza contractual que, sin referencia a procedimiento expropiatorio, puede celebrar la Administración para la adquisición de bienes y derechos.

La adhesión a los convenios expropiatorios, en que el expropiado expresa su conformidad con el justiprecio, concluye con una resolución final que es un acto administrativo; el régimen impugnatorio del mismo es el establecido con carácter general, por lo que, por una parte, goza de ejecutividad inmediata, y, por otra, no puede la Administración separarse del mismo sin utilizar los procedimientos de revisión o lesividad regulados en los artículos 102 y siguientes de la LRJAP (por ejemplo, SSTS de 5 de diciembre de 1992, y 6 de febrero de 1999, con referencia a una línea jurisprudencial estable y antigua).

El artículo 24 LEF otorga un plazo de quince días para que se establezca el convenio sobre el justiprecio. Transcurrido dicho plazo, se inicia el expediente ordinario sin más demora, sin perjuicio de que en cualquier momento pueda llegarse a un acuerdo sobre el justiprecio. El artículo 27.2 del Reglamento establece, como término para esta oportunidad del acuerdo amigable, el momento en que el jurado de expropiación hubiera ya decidido acerca del justo precio.

c) *La significación jurídica del justo precio*

La LEF utiliza en diferentes lugares el concepto de «justo precio» o «justiprecio» (en su propio preámbulo, encabezando el Capítulo III del Título II, en los artículos 25, 26, 34, 36, 42, 47, 51...). La Constitución

**922.**

Naturaleza del acto aprobatorio: impugnación.

La adhesión a los convenios expropiatorios, en que el expropiado expresa su conformidad con el justiprecio, concluye con una resolución final que es un acto administrativo; el régimen impugnatorio del mismo es el establecido con carácter general, por lo que, por una parte, goza de ejecutividad inmediata, y, por otra, no puede la Administración separarse del mismo sin utilizar los procedimientos de revisión o lesividad regulados en los artículos 102 y siguientes de la LRJAP (por ejemplo, SSTS de 5 de diciembre de 1992, y 6 de febrero de 1999, con referencia a una línea jurisprudencial estable y antigua).

**923.**

Plazo de 15 días.

El artículo 24 LEF otorga un plazo de quince días para que se establezca el convenio sobre el justiprecio. Transcurrido dicho plazo, se inicia el expediente ordinario sin más demora, sin perjuicio de que en cualquier momento pueda llegarse a un acuerdo sobre el justiprecio. El artículo 27.2 del Reglamento establece, como término para esta oportunidad del acuerdo amigable, el momento en que el jurado de expropiación hubiera ya decidido acerca del justo precio.

utiliza en su artículo 33.3 la noción más general de «correspondiente indemnización». Pero no tienen uno u otro concepto significación diferente. Con ambos se alude a un elemento esencial de toda operación expropiatoria: la conversión o transformación del bien o derecho expropiado en su valor económico real. Es esencial que esta conversión se produzca en términos exactos, ya que la garantía constitucional de la expropiación radica en el mantenimiento del equilibrio entre las necesidades del interés general y la salvaguardia de los derechos patrimoniales de los ciudadanos. Entre el sacrificio patrimonial y la compensación debe existir una proporción adecuada, que impida tanto un empobrecimiento del sujeto expropiado, como un enriquecimiento indebido por parte del beneficiario o de la Administración expropiante. Para que esta conmutación sea perfecta, el justo precio tiene que establecerse de modo que la expropiación suponga una conversión de derechos, que permita que el patrimonio expropiado mantenga su valor. El patrimonio del expropiado no debe sufrir mermas como consecuencia de la expropiación y mantenerse estable. Es clave, pues, aplicar como indemnización el «valor de sustitución» de la cosa expropiada. Puede este determinarse usando diferentes criterios: estableciendo el equivalente monetario del bien expropiado; una cantidad igual a su valor que permitiría a su titular adquirir otra cosa de las mismas características de la que es objeto de expropiación; la compensación equiparable al valor real y efectivo de los bienes objeto de privación singular.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha recogido reiteradamente estas ideas esenciales sobre la naturaleza y significación del justo precio: «el valor real no es sino la compensación del bien expropiado a través de un valor de sustitución, precisando el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 19 de diciembre de 1986 (núm. 166/1986) que la indemnización expropiatoria debe corresponder al valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre este y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio, de modo que el justiprecio suponga la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes expropiados, pues lo que garantiza el legislador constitucional y el ordinario es el exacto equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación económica, de modo que quede indemne la situación patrimonial del expropiado» (STS de 15 de diciembre de 1994). La indemnización acordada no puede representar «una merma injustificada del patrimonio del expropiado, ni tampoco un enriquecimiento injusto» (SSTS de 18 de febrero de 1992 y 5 de marzo de 1993). El valor real tiene que estar «dotado de entidad económica suficiente para adquirir

**924.**

*Conversión del bien expropiado en su valor económico real.*

**925.**

*Valor de sustitución.*

**926.**

*El valor real en la jurisprudencia.*

**927.**

*Proscripción de mermas patrimoniales o menoscabos económicos.*



otro bien análogo al expropiado...» (STS de 22 de septiembre de 1999; «es necesario que el valor de la indemnización se corresponda con el justo precio de forma que no implique menoscabo en lo económico, a cuyo efecto viene fijado como criterio de equidad el que el acervo principal y compensatorio sea suficiente para adquirir otra propiedad o derecho análogo al expropiado» (STS de 22 de abril de 1991). En sentido idéntico entre muchas, SSTS de 5, 13 y 15 de febrero de 2003, 18 de mayo de 2004, 18 de julio de 2007

d) *Criterios para la valoración*

**928.**  
Artículo 36 LEF.

El artículo 36 LEF establece un criterio general para la evaluación de las cosas objeto de expropiación, que enuncia del siguiente modo: «1. Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. 2. Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables salvo cuando se hubieran realizado de mala fe».

Tanto de este precepto, como de los siguientes de la Ley, que en seguida consideraremos, referidos a la tasación de los bienes expropiados, resultan las siguientes reglas generales:

**929.**  
Momento de referencia.

El momento a tener en cuenta a efectos de la valoración de los bienes o derechos expropiados es el de la iniciación del expediente de justiprecio. La Ley no autoriza a tomar como referente temporal ningún otro, aunque la expropiación pueda ser consecuencia de planes o proyectos aprobados con anterioridad. Se sigue de ello que lo importante para el legislador es que la indemnización se refiera al momento en que se incoa la operación expropiatoria, ni antes (se puede, por tanto, incluir en el justiprecio el valor suplementario que haya podido adquirir el bien expropiado desde que se aprobó el proyecto hasta que se incoó el expediente de justiprecio) ni después (lo que excluye valoraciones especulativas que consideren hipotéticos incrementos de valor futuros).

— En paralelo con la anterior prescripción está la exclusión, establecida en el párrafo 1 del artículo 36 transcrito, de las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan

lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. Por lo que concierne a las mejoras, el artículo 36.2 restringe la indemnización a las que sean anteriores a la iniciación del expediente de expropiación; las posteriores son objeto de indemnización cuando resulten indispensables para la conservación de los bienes.

— El justiprecio debe ser objetivo e integral: las reglas para determinarlo son las establecidas con carácter general en la legislación de expropiación forzosa; la indemnización ha de cubrir la totalidad de los daños y perjuicios patrimoniales que sufra el expropiado. Solo de esta manera el justiprecio tiene el carácter de verdadero valor de sustitución.

— Como complemento de la regla indicada, la Ley impone la inclusión en el justiprecio del denominado «premio de afección». El artículo 47 LEF establece a dicho propósito que «En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un 5% como premio de afección». No puede añadirse a este criterio indemnizatorio ningún otro de carácter subjetivo vinculado a razones de orden personal o familiar concernientes al quebranto moral que la expropiación puede conllevar.

La LEF no contiene un catálogo completo de los criterios de valoración que han de utilizarse para la determinación del justiprecio de los diferentes bienes o derechos que pueden resultar afectados por una expropiación. Dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse en la práctica, tal vez la única solución general hubiera sido la aplicación, para la fijación del justiprecio de los valores fiscales utilizados para sus declaraciones tributarias por los propios interesados. Los valores que se usan para cumplir las obligaciones tributarias, servirían también como criterio para indemnizar en caso de expropiación. La LEF manejó esta posibilidad, pero no la acogió completamente. La exposición de motivos puso en duda que las bases fiscales estuvieran siempre «rigurosamente al día desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda». Este ajuste «no es siempre posible por la forzosa complejidad de las operaciones evaluatorias, que no se pueden llevar a cabo en plazos tan moderados que se sustraigan a oscilaciones de no escasa significación económica». También ponía en duda el preámbulo que la estimación fiscal constituya algo equivalente a una declaración administrativa de valoración que fuese eficaz no solo en lo que concierne a las obligaciones fiscales, sino también en todas las demás relaciones que los ciudadanos traban con la Administración. En fin, por estas consideraciones explica que la ley optó por «ponderar las valoraciones

**930.**  
*Plusvalías imputables al proyecto. Mejoras evaluables.*

**931.**  
*Utilización de criterios objetivos.*

**932.**  
*Premio de afección.*

**933.**  
*El problema de la aplicación de valores fiscales.*

fiscales con las valoraciones de mercado y para casos excepcionales deja abierta la posibilidad de apreciación de circunstancias específicas que, de no tenerse en cuenta, provocarían una tasación por completo irrazonable».

**934.**

*Reglas de tasación en la LEF.*

Estos son los criterios que se ponen de manifiesto a lo largo de los preceptos de la LEF relativos a las valoraciones. Nunca se usa el valor fiscal estrictamente, sino que se le añaden otros porcentajes fijos, se usan criterios de ponderación como, por ejemplo, el valor en venta de los inmuebles o incluso utilizan otras vías alternativas. Los artículos 38 y siguientes de la Ley contienen reglas de tasación concernientes a los diferentes tipos de bienes y derechos, tales como solares (artículo 38; actualmente la regulación de la LEF ha sido desplazada por lo establecido en la Ley de Suelo, Texto refundido de 2008, al que nos referiremos más adelante), obligaciones, acciones, cuotas y demás modalidades de participación en el capital o en el beneficio de las empresas mercantiles (artículo 40), concesiones administrativas (artículo 41), derechos reales o de bienes inmuebles (artículo 42), arrendamientos (artículo 44), cosechas pendientes (artículo 45).

**935.**

*Correcciones de los criterios específicos: artículo 43 LEF.*

La LEF estableció un criterio de valoración complementaria con el que trataba de corregir las carencias e iniquidades resultantes de la aplicación de las demás valoraciones. Está contemplado en el artículo 43, que marca realmente una vía complementaria para la tasación de los bienes expropiados, sobre todo con el objetivo de que el justiprecio sea efectivamente el valor real de los bienes y derechos susceptibles de expropiación.

Establece el precepto que las determinaciones de los artículos anteriores que contienen diferentes criterios para la valoración de bienes, pueden ser complementados mediante una tasación que bien el expropiado o bien la Administración juzguen más adecuada «si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resultare, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser este superior o inferior a aquella». Sin perjuicio de lo que promuevan a tal efecto el propietario o la Administración, también el Jurado Provincial de Expropiación, puede hacer uso de este criterio valorativo «cuando considere que el precio obtenido con sujeción a las reglas de los anteriores resulte notoriamente inferior o superior al valor real de los bienes, haciendo uso de los criterios estimativos que juzgue más adecuados». Por tanto, con el objetivo de determinar el «valor real» del mismo derecho expropiado, es decir, el valor de sustitución del bien expropiado, el artículo 43 de la Ley atribuye una amplia discrecionalidad al Jurado Provincial de

**936.**

*Libertad de apreciación de las partes y del Jurado.*

Expropiación para que corrija, complementándolos, los criterios específicos de tasación establecidos en la Ley.

El precepto no da una libertad de apreciación plena, ni faculta a los Jurados Provinciales de Expropiación para que dejen sin aplicación las reglas de tasación establecidas en la propia LEF. Bien claramente el párrafo 3 del artículo mencionado advierte que siempre es necesario comenzar las evaluaciones tomando como referencia las normas específicas de valoración. Pero sin perjuicio de ellas siempre será posible que el Jurado introduzca las rectificaciones que procedan, en alza o en baja. Dada la importancia de la resolución final sobre el justiprecio, el artículo 43.3 impone una motivación cumplida de la decisión. El artículo 43.3 obliga a fundamentar «con el mayor rigor y detalle, las modificaciones propuestas».

**937.**  
Criterios  
aplicativos.  
Motivación de la  
decisión.

e) *El procedimiento de fijación del justiprecio. El Jurado de Expropiación*

La fijación del justo precio se tramita como pieza separada, dentro del expediente expropiatorio, que se inicia con la exacta descripción del bien concreto que haya de expropiarse. Si hay más de uno, se abrirá un expediente individual para cada uno de los propietarios de bienes expropiables. Pero será único el expediente cuando el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas o cuando varios bienes constituyan una unidad económica (artículos 26 y 27 LEF).

**938.**  
Pieza separada.

Una vez iniciados estos expedientes, la Administración debe impulsar el procedimiento requiriendo a los propietarios para que en el plazo de veinte días presenten «hoja de aprecio, en la que se concrete el valor en que estimen el objeto que se expropia, pudiendo aducir cuantas alegaciones estimen pertinentes» (artículo 29.1 LEF). La valoración debe ser motivada y puede ser apoyada con informes periciales.

**939.**  
Hojas de aprecio.

La Administración expropiante ha de aceptar o rechazar la valoración de los propietarios en igual plazo de veinte días. Si la acepta, se entenderá determinado el justo precio, y la Administración procederá al pago del mismo. Si no es así, formulará su hoja de aprecio que notificará al propietario. Este puede aceptarla o rechazarla en el plazo de diez días haciendo, en su caso, las alegaciones que estime pertinentes en relación con los métodos valorativos que juzgue más apropiados, incluso sobre la aplicabilidad del artículo 43 LEF que ya hemos analizado.

**940.**

*Las hojas de  
aprecio vinculan  
a las partes.*

Las hojas de aprecio de ambas partes sirven para concretar las valoraciones de cada una de ellas, lo que las vincula: si se mantiene el desacuerdo no podrán establecer reclamaciones para solicitar justiprecios diferentes a los estimados en aquellas (SSTS de 17 de julio de 1993, 14 de julio de 1997, 27 de enero y 11 de julio de 2000, 5 de mayo de 2005, 24 de abril de 2007, etc.). Igualmente tanto el Jurado Provincial de Expropiación como la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si conoce de la controversia, habrán de moverse dentro de los límites establecidos por las hojas de aprecio, aunque los criterios para llegar a la valoración puedan enriquecerse o ampliarse durante el debate administrativo o contencioso.

**941.**

*Composición del  
Jurado de  
Expropiación.*

El desacuerdo entre las partes lo resuelve el Jurado Provincial de Expropiación. Se trata de un órgano de naturaleza administrativa que está constituido en cada capital de provincia y del que forman parte un abogado del Estado, dos funcionarios designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, junto a otros dos procedentes del sector privado (representantes de las corporaciones empresariales o profesionales, y un notario de libre designación por el decano del Colegio Notarial), y el interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya, todos ellos bajo la presidencia de un magistrado, designado por el presidente de la Audiencia correspondiente (artículo 32 LEF, modificado por la ley 17/2012).

**942.**

*Independencia y  
neutralidad de los  
Jurados.*

La Ley trató de establecer una composición equilibrada entre los representantes de la Administración y los del sector privado, en los Jurados de Expropiación, a los efectos de asegurar la mayor independencia, neutralidad y objetividad de sus decisiones. La legislación autonómica ha regulado los Jurados de Expropiación dando mayor peso a los representantes administrativos, lo que conduce a arriesgar su búsqueda imparcialidad. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha validado la constitucionalidad de las leyes autonómicas que contemplan estas singulares regulaciones del Jurado (SSTC de 25 de julio, 8 de noviembre y 20 de diciembre de 2006).

**943.**

*Decisiones  
ejecutivas del  
Jurado.*

El Jurado de Expropiación, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación. Su resolución ha de ser motivada, razonándose los criterios de valoración utilizados. La resolución se notifica a la Administración y al propietario, ultima la vía gubernativa y contra la misma se pueden interponer los correspondientes recursos contencioso-administrativo (artículo 35.1 y 2).

Respecto de la impugnación de los acuerdos del Jurado, deben tenerse en cuenta las siguientes especialidades: la impugnación contenciosa-administrativa ordinaria, que es a la que se refiere el artículo 35.1 y 2 LEF, es la que debe seguir siempre el expropiado o el beneficiario, cuando se trata de sujetos privados. Si el beneficiario es una Administración local, institucional o corporativa, lo procedente es que antes de iniciarse la acción se efectúe el requerimiento al que alude el artículo 44.1 LJCA. Si quien pretende impugnar es la Administración del Estado, siendo los Jurados de Expropiación órganos integrados en la misma, la revisión del acuerdo del Jurado debe seguir en la vía del recurso de lesividad que contempla el artículo 103 LRJAP.

La jurisdicción contenciosa puede controlar con toda la extensión la valoración hecha por el Jurado. La determinación del valor del bien expropiado es una cuestión de prueba. Aunque alguna línea jurisprudencial reconoció una presunción de validez muy fuerte a las decisiones de los Jurados Provinciales de Expropiación (SSTS de 12 de marzo de 1991, 25 de abril y 28 de octubre de 1996, 18 de octubre de 1998, 1 de marzo y 24 de abril de 2003, aunque con matices), la jurisprudencia actual es completamente partidaria de la anulación o incluso sustitución de sus valoraciones por otras que aprecien mejor los datos materiales, la situación de hecho o las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Por ejemplo, SSTS de 26 de marzo de 1996, 4 de marzo de 1999, 4 de noviembre de 1996, 17 y 21 de marzo de 1997, entre otras muchas, en las que puede leerse que «la prueba pericial es de la libre apreciación del juzgador, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme dispone el artículo 632 de la citada Ley (LEC) y numerosa jurisprudencia, por lo que el órgano judicial no está vinculado por el resultado de la prueba pericial, como tampoco lo está por los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación, siempre que razone debidamente la discrepancia y apartamiento de la pericia, bien por indebida apreciación de los elementos de hecho o por contradicción por otras pruebas, dado el principio de valoración conjunta de la prueba que impera en nuestro sistema procesal». En sentido similar las SSTS de 30 de abril, 3 de octubre y 22 de noviembre de 1996 reiteran lo siguiente: «la jurisprudencia ha venido mitigando los excesos de la llamada presunción de legalidad y acierto de los acuerdos del Jurado de Expropiación poniendo de manifiesto que un acuerdo sin fundamentar o concretar suficientemente por parte del Jurado no puede prevalecer, a salvo la existencia de otros elementos probatorios, frente a la prueba pericial practicada regularmente en el proceso, si tiene carácter circunstanciado y razonado y su fundamento resulta convincente. Tampoco cabe excluir que la valoración del Juzgado pueda ser sustituida por otra en

**944.**

*Impugnación de los acuerdos.*

**945.**

*Revisión de la decisión en cuanto al fondo: el valor real.*

**946.**

*Prueba del valor: apreciación por los tribunales.*

función de la existencia de otras pruebas que demuestren error o la imprecisión cometida por el Juzgado». Se extiende pues la corrección «al error de hecho cometido por el Juzgado Provincial de Expropiación Forzosa, en infracción de preceptos legales o en desafortunada apreciación de la prueba practicada...» (STS de 26 de abril de 1996).

### C) Pago y toma de posesión

Una vez determinado el justo precio, se ha de proceder al pago de la cantidad que resultare en el plazo máximo de seis meses (artículo 48.1 LEF). Si el propietario rehusare recibir el precio, o cuando existiese cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia en la Caja de Depósitos a disposición de la autoridad o tribunal competente. El expropiado tendrá derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que exista conformidad entre aquel y la Administración, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio (artículo 50 LEF).

**947.**

*Controversias sobre el justiprecio.*

Una vez que se ha hecho efectivo el justo precio, o, en su caso, ha sido consignado, se puede ocupar la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado. Si el bien expropiado es el domicilio de una persona física o jurídica, se requiere autorización judicial previa, en caso de oposición, en los términos del artículo 18.2 CE (artículo 51 LEF). La ejecución forzosa de la ocupación, cuando precisa el desahucio de poseedores de los bienes expropiados, ha de llevarse a cabo por el procedimiento de desahucio administrativo que ya estudiamos en otro lugar de esta obra.

**949.**

*Acta e inscripción registral.*

El acta de ocupación, que se extenderá a continuación del pago acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros públicos se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviese afectada la cosa expropiada.

### D) Retasaciones e indemnizaciones por retrasos en la fijación del justiprecio o en el pago

La Ley de Expropiación Forzosa contiene tres preceptos específicos que tratan de resolver el problema de los retrasos en la obtención de la indemnización en que consiste el justiprecio por parte del sujeto

expropiado (artículos 56 a 58). El artículo 56 se refiere a los supuestos en los que se produce una tardanza indebida en la fijación del justiprecio; el artículo 57 a) cuando el retraso afecta al pago del justiprecio establecido; y el artículo 58 regula la retasación, que implica la reevaluación de los bienes expropiados, imponiendo que se establezca una nueva valoración de los mismos cuando se produce un retraso aún mayor en abonar la cantidad fijada como justiprecio.

— La demora en la fijación del justiprecio se resuelve en el artículo 56 citado imponiendo a la Administración culpable la obligación de abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado, que se liquidará con efectos retroactivos una vez que el justiprecio haya sido establecido.

— La demora en el pago se regula en el artículo 57 de la Ley acudiendo al mismo expediente de imponer la obligación del pago del interés legal correspondiente.

— En los dos casos anteriores la Ley determina que se ha de producir un retraso de seis meses para que surja el derecho a la indemnización de los intereses de demora. El día inicial para el cómputo del plazo es, en el caso de retraso en la fijación del justiprecio, la fecha de iniciación del expediente expropiatorio, que, como nos consta, es la del acuerdo de necesidad de ocupación. La fecha final de dicho cómputo, o *dies ad quem*, es aquella en la que el Jurado de Expropiación fija definitivamente el justiprecio. En las expropiaciones urgentes, el *dies a quo* del devengo es el de la ocupación. Si se trata de retrasos en el pago, el plazo de seis meses se cuenta a partir del día en que el Jurado adopta el acuerdo fijando el justiprecio.

— El régimen de la retasación, establecido en el artículo 58 LEF, supone la apertura de un procedimiento que debe conducir a la fijación de un nuevo justiprecio. Han de transcurrir cuatro años (tras la reforma introducida por la Ley 17/2012) para que el procedimiento pueda incoarse, y no es obstáculo para hacerlo que, cuando se cumple el plazo mínimo legal, esté en curso todavía el procedimiento concerniente a la expropiación y a la fijación del primer justiprecio, lo que en la práctica no es absolutamente anormal. Tampoco es obstáculo a la apertura de la pieza de retasación el hecho de que el primitivo justiprecio haya sido impugnado y confirmado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni tampoco en la hipótesis de que haya sido revisado declarando como más procedente otro superior. Tampoco el pago posterior a la solicitud de retasación enerva el ejercicio

**950.***Garantías legales.***951.***Demora en la fijación del justiprecio.***952.***Demora en el pago.***953.***Cómputo del retraso.***954.***Requisitos y procedimiento de la retasación.*



de este derecho. El procedimiento para hacerlo efectivo es el mismo establecido en la Ley para la determinación inicial del justiprecio, es decir, un nuevo avalúo de los bienes o derechos expropiados. A la determinación final de la indemnización correspondiente habrá que detraer, a efectos del pago, las cantidades ya obtenidas, a título de justiprecio o de intereses, por parte del expropiado.

— El artículo 34.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 ha establecido supuestos específicos de retasación en el ámbito urbanístico: procede, según el precepto, cuando se alteren los usos o edificabilidad del suelo en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación, y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación. El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificabilidades.

— Las indemnizaciones por demora y las retasaciones antes referidas son las principales instituciones de que se vale la LEF para asegurar la garantía plena de que las indemnizaciones debidas no se van a deteriorar por el transcurso del tiempo. También la Ley incluyó otras fórmulas que se han mostrado poco o nada eficaces a tal respecto, como la reducción de los plazos en el procedimiento administrativo expropiatorio o la atribución de un régimen de preferencia en la tramitación a los procedimientos contenciosos expropiatorios (que se consignó en el artículo 77.1 LJ de 1956, pero que ha desaparecido en la LJ de 1998). Ninguno de ellos ha sido suficientemente eficaz y la doctrina mantiene una severa y razonada crítica sobre la insuficiencia de estas garantías, que conduce, con harta frecuencia, a una situación de agravio insuperable para los expropiados. En ocasiones, cuando se va a decidir sobre el justiprecio, las hojas de aprecio presentadas por el expropiado ya han quedado desajustadas en relación con el valor real del bien sin que haya una previsión específica en la Ley para su puesta al día. No es infrecuente, igualmente, que los procedimientos de retasación se eternicen y duren más de dos años, con lo cual, una vez fijado el nuevo justiprecio, es necesario iniciar otro nuevo procedimiento de retasación, y así sucesivamente. Cuando los justiprecios se impugnan, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tarda también más de dos años en pronunciarse, con lo que de nuevo se producen desajustes entre el precio que se fijó, y que ha sido objeto del específico debate contencioso, y el que realmente tiene el bien expropiado en el momento en que la sentencia se produce. Por todas estas razo-

**955.**

*Especialidades en las expropiaciones urbanísticas.*

**956.**

*Insuficiencia de las garantías concernientes al mantenimiento del valor del justiprecio.*

nes es imprescindible que el procedimiento de fijación del justiprecio se flexibilice y que las retasaciones también se agilicen, permitiéndose además al expropiado que pueda continuamente poner al día sus valoraciones, incluso mientras se tramita el procedimiento de fijación del justiprecio o, en su caso, de retasación, es decir, sin tener que iniciar otros nuevos, siempre que no se haya alcanzado la determinación definitiva de un justiprecio equivalente al valor real o valor de sustitución del bien expropiado. En definitiva, se trata de evitar que el expropiado no llegue a obtener la indemnización adecuada nunca y se vea en la necesidad de pleitear de modo continuo, y durante años, con la Administración expropiante.

### E) Especialidades en las expropiaciones urgentes

El procedimiento expropiatorio general que hemos expuesto presenta especialidades en los supuestos en que una expropiación se declare urgente. Esta hipótesis no está contemplada como normal, pero está habilitada por el artículo 52 de la propia LEF en los términos siguientes: «*Excepcionalmente*, y mediante acuerdo del Consejo de Ministros, podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a la que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada...».

La declaración referida supone las siguientes alteraciones en el procedimiento general:

— Se entenderá cumplido el trámite de declaración de necesidad de ocupación de los bienes que han de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata.

— Sigue la notificación a los interesados, con una antelación mínima de ocho días, del día y la hora en que ha de levantarse el acta previa de ocupación. La Ley y el Reglamento especifican con detalle a quién han de entregarse la cédula de notificación en caso de que no se conozca el domicilio del interesado o no pueda entregársele directamente.

— El día y hora anunciados se constituyen en la finca que se trate de ocupar el representante de la Administración y los propietarios y demás interesados, y levantan un acta en la que se describe el bien o derecho expropiable y se hacen constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios

**957.**

Artículo 52 LEF.

**958.**

Consecuencias de la declaración de urgencia.

determinantes de la rápida ocupación. Los interesados pueden hacerse acompañar de los peritos y un notario.

— A la vista del acta de ocupación y los documentos complementarios, la Administración formula las hojas de depósito previo a la ocupación. El depósito se calcula con arreglo a los criterios que establece el artículo 52.4 LEF, que no deben conducir necesariamente al valor real del bien expropiado. También se establecen por la Administración las cifras de indemnización que correspondan a los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, como mudanzas, cosechas pendientes, y otras, contra las que, según el artículo 52.5.º de la Ley, «no cabrá recurso alguno».

— Efectuado el depósito y abonada o consignada la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, lo que deberá hacer en un plazo máximo de quince días.

— Efectuada la ocupación de las fincas, se tramitará el expediente en sus fases de justiprecio y pago, de acuerdo con el procedimiento expropiatorio general.

— Sobre el justiprecio acordado definitivamente se girará la indemnización por demora, a que se refiere el artículo 56 LEF, pero considerando que la fecha inicial del cómputo correspondiente a efectos de determinar los plazos en que dicha indemnización procede, será el día siguiente al de la ocupación.

Como se comprueba, la especialidad más sustancial de las expropiaciones urgentes radica en que la transferencia de la propiedad se produce con la ocupación y que la Administración expropiante está habilitada para llevarla a término no solo antes de haber pagado (basta con el depósito de una cantidad calculada con los criterios que establece el artículo 52.4.º LEF), sino sin siquiera haber establecido el justiprecio, operación que se pospone al término de la tramitación de la expropiación.

La excepcionalidad con que concibió la Ley la utilización del procedimiento de urgencia determinó un cierto aquietamiento inicial de las críticas doctrinales, que se recrudecieron con los años en la medida en que se pudo comprobar que en la práctica habían sustituido, con su frecuencia y generalización, a la aplicación del procedimiento expropiatorio ordinario. La doctrina y la jurisprudencia criticaron que las declaraciones de urgencia no eran, en muchos casos, reales; que a veces las resoluciones correspondientes se anticipaban en años a su

**959.**

*Ocupación previa al justiprecio.*

**960.**

*Abuso de las expropiaciones urgentes.*

aplicación específica a expropiaciones en concreto; que se declaraban urgentes no obras o finalidades determinadas, que es a lo único que autoriza el artículo 52 LEF, sino a conjuntos de obras y servicios públicos delimitados en abstracto y genéricamente; que muchas veces las declaraciones de urgencia no van precedidas de la motivación necesaria, etcétera. La situación finalmente resultante de tanta alteración o tergiversación de la previsión legal ha sido que ni las expropiaciones urgentes se refieren a «obras determinadas» ni son verdaderamente un procedimiento excepcional, sino que han terminado por suplantar, sin ninguna justificación posible, al procedimiento ordinario. La misma crítica expresada por la doctrina está recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en términos que son elocuentes y describen la situación con una preocupación parangonable. Dice a este efecto la STS de 7 de julio de 2003: «Tenemos, por lo pronto, que la Administración puede retrasar por mucho tiempo el pago del justo precio, abonando una cantidad que casi es puramente simbólica en muchos casos, y a cambio de ello tomar sin más los bienes expropiados, con lo cual el que financia las obras como prestamista forzoso es el expropiado. Pero es que además, en aquellos supuestos en que entre el expropiante y el expropiado media un beneficiario privado —no es aquí el caso— de la expropiación, esa adquisición inmediata de la cosa y el paralelo aplazamiento sine die del pago opera en favor de ese beneficiario privado. Que esta situación debe ser corregida, es evidente. Y es de esperar que algún día el legislador se decida a poner manos a la obra. Pero, mientras tal ocurre, los tribunales de justicia tienen que esmerarse —por supuesto, sin invadir en ningún momento, las competencias del legislativo— en eliminar los abusos generados por las prácticas distorsionadoras, cuando no francamente ilegales, nacidas de la rutina o de un mal entendimiento de la cosa pública» (declaraciones críticas sobre la mala práctica de las expropiaciones urgentes pueden verse también en las SSTS de 30 de septiembre de 1992, 22 de julio de 1997, 3 de diciembre de 1998, 8 de febrero de 2003, 31 de mayo de 2003, 12 de diciembre de 2005, etcétera).

La otra cuestión relevante que plantearon inicialmente las expropiaciones urgentes era la concerniente a la impugnación de los acuerdos por los que se declaraba la urgente ocupación de los bienes afectados. El artículo 56.2 REF estableció que no eran susceptibles de recurso alguno. En paralelo con la misma exclusión de la impugnación jurisdiccional que la LEF establecía para el acuerdo de necesidad de ocupación, en términos que ya hemos estudiado. Tal restricción fue superada por la jurisprudencia, que estableció la incompatibilidad de dicha regla con el artículo 24 de la Constitución. La aceptación de la impugnación

**961.**

*Críticas de la doctrina y de la jurisprudencia.*

**962.**

*Impugnación de las declaraciones de urgencia.*

de los acuerdos de declaración de urgencia tiene un referente clave en la STS de 25 de octubre de 1982. Luego siguieron otras muchas sentencias en el mismo sentido, como las de 14 de junio de 1983, 28 de enero, 4 de abril y 6 de junio de 1984, y 5 de noviembre de 1985. No todas ellas estimaron los recursos, aunque declararon impugnables el acto declaratorio recurrido. Pero la jurisprudencia posterior no dudó en apreciar cuándo las declaraciones de urgencia son artificiosas y anularlas (a partir de las SSTs de 30 de septiembre y 3 de diciembre de 1992, y 19 de septiembre de 1994).

## 6. REVERSIÓN DE LOS BIENES EXPROPIADOS

### A) Naturaleza y justificación del derecho de reversión

Considerando que la expropiación forzosa es un procedimiento que permite el sacrificio o despojo de los bienes de titularidad privada cuando concurren razones de utilidad pública o interés social que así lo exigen, los bienes objeto de expropiación han de destinarse necesariamente al fin que la justifica. La satisfacción de esta necesidad implica habitualmente una transformación del bien expropiado, que puede ser material o simplemente jurídica. Pero el cumplimiento de este objetivo o fin tiene que alcanzarse siempre porque en otro caso quedaría insatisfecha la causa que motivó la expropiación. La LEF impone que los bienes o derechos objeto de la expropiación se afecten a la causa que la justificó (artículo 9), y también que la expropiación se refiera únicamente a los bienes que sean estrictamente indispensables para alcanzar la finalidad que la determina (artículo 15 LEF). Estas son las razones esenciales que explican que cuando la obra que motivó la expropiación no se ejecuta o el servicio a que iban a destinarse los bienes no se establece, se genere el derecho del particular a la reversión de los mismos, derecho que la Ley reconoce no solo en los casos indicados de inexecución total del fin de la expropiación, sino también en las hipótesis en que resultaran partes sobrantes de los bienes expropiados o desapareciese la afectación de los mismos a la finalidad de utilidad pública o de interés social a la que durante algún tiempo pudieron estar destinados. Así lo establece expresamente el artículo 54.1 LEF, acogiendo con naturalidad que todos ellos son supuestos en los que la *causa expropiandi* desaparece sobrevenidamente, con el efecto de dejar sin justificación e inválida la operación expropiatoria. Una expropiación que fue inicialmente ajustada a la legalidad deviene sobrevenidamente ineficaz por pérdida de la causa que la habilitó. Remitiéndose a los antecedentes legislativos del reco-

**963.**  
Afectación al fin y desaparición sobrevenida de la causa expropiandi.

nocimiento del derecho de reversión, que viene del artículo 43 de la Ley de Expropiación de 10 de enero de 1879, la STS de 22 de mayo de 2001 expresa que dicho derecho está configurado «como la última garantía que la ley concede a los expropiados; es el derecho que corresponde a los propietarios o sus causahabientes, que han sido privados de sus bienes en virtud de un expediente de expropiación por causa de utilidad pública o social, de volverlos a recuperar...». En el mismo sentido SSTs de 19 de septiembre de 1998, 17 de diciembre de 2003, 17 de febrero y 27 de mayo de 2004, 30 de enero de 2006, etcétera. Es perfectamente sostenible, por estas razones, que el derecho de reversión forma parte de la esencia de la expropiación y que, por tanto, se integra en el núcleo indisponible por el legislador de la institución expropiatoria: su reconocimiento no depende del arbitrio del legislador, sino que forma parte de la garantía constitucional de la propiedad. En este sentido debería revisarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1988, de 18 de abril, que han seguido algunas Sentencias del Tribunal Supremo como las de 28 de abril de 1995, 16 de diciembre de 1997 y 26 de julio de 2000, entre otras muchas, que estableció que la reversión era una garantía disponible para el legislador y que carecía de contenido constitucional. A nuestro juicio es acertada la opinión de quienes han sostenido de contrario (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GARCÍA LUENGO) que no puede el legislador disponer de la garantía reversional sin atentar al núcleo de la garantía de la propiedad. Otra interpretación del problema conduciría a permitir que pudieran invocarse causas artificiosas, temporalmente coyunturales o simplemente inexistentes, de utilidad pública, para sacrificar la propiedad privada, trasladando su titularidad a otros sujetos sin que su titular inicial pueda recuperarla cuando sea evidente que ninguna necesidad pública exige de modo terminante su privación.

El artículo 69 REF destaca la absoluta preferencia que el titular del bien expropiado tiene para volverlo a adquirir cuando concurren las causas que dan lugar a la reversión, reconociendo su total preferencia frente a otros derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. Establece el precepto que «Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá esta aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por razón de los daños o perjuicios ocasionados». Por tanto, tiene prevalencia absoluta el derecho de reversión sobre cualquier tercer adquirente.

**964.**

*Derecho integrado en el núcleo esencial de la expropiación.*

**965.**

*Preferencia del derecho de reversión.*

**966.**  
*Supuestos en que surge el derecho.*

El derecho de reversión surge, de acuerdo con el artículo 54 LEF, en tres supuestos bien determinados: primero, la no ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación; segundo, cuando realizada la obra o establecido el servicio, quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados; y tercero, cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación.

Estos supuestos se establecieron en la Ley de 1954 sin añadirles ningún condicionamiento, de modo que el derecho podría ejercerse bien cuando la Administración o bien cuando el expropiado constataren su concurrencia.

### B) Excepciones al derecho de reversión

**967.**  
*Modificaciones del régimen general.*

Sin embargo, la legislación urbanística, a partir de la Ley de 25 de julio de 1990, estableció modificaciones, que pasaron a las Leyes del Suelo de 1992 y 1998, consistente en efectuar la reversión cuando los bienes expropiados se desafectaran del uso que justificó la expropiación y se destinaran a uno nuevo que fuese dotacional público, así como en los casos en que el uso dotacional primitivo hubiese sido implantado y mantenido durante ocho años.

**968.**  
*La reforma inexplicada de 1999.*

Sobre esta senda se situó la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999, que introdujo una profunda e inesperada modificación de los artículos 54 y 55 LEF, al parecer justificada por evitar reversiones masivas en algunas operaciones urbanísticas de gran calado y amplitud en Madrid. El nuevo artículo 54, después de establecer cuándo surge el derecho de reversión en los mismos términos en que se preveía en la redacción primitiva, añade un cúmulo de excepciones. «No habrá derecho de reversión», comienza diciendo el apartado 2 del precepto, en los siguientes casos:

a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos.

b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación, o a otro declarado de utilidad pública o interés social, se prolongue

durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Realmente no hay motivos que puedan utilizarse para objetar que el derecho de reversión pueda excepcionarse cuando el bien expropiado se destina a otra finalidad de utilidad pública o interés social. Naturalmente siempre que ello se haga «simultáneamente», como impone el artículo 54.2 LEF, a otra finalidad de utilidad pública o interés social. La falta de intermediación entre la desafectación del fin inicial y la nueva afectación sería determinante de que surgiera el derecho a la reversión, ya que de no ser así se permitiría a la Administración expropiante mantener en el intermedio la titularidad del bien expropiado sin ninguna justificación de interés general concurrente. La segunda excepción, a que se refiere el artículo 54.2.b), consiste en no reconocer la existencia del derecho de reversión cuando los bienes hayan estado afectados a la finalidad que justificó la expropiación durante diez años contados a partir de que se terminó la obra o se estableció el servicio. La doctrina ha discutido razonablemente los fundamentos de esta exclusión, ya que no parece suficiente el mantenimiento de la afectación durante diez años para que el propietario inicial vea consumado el despojo a que fue sometido de bienes de su propiedad, aunque pueda comprobar que han sido transmitidos ulteriormente a terceros en el marco de operaciones que nada tienen que ver con obras o servicios públicos de interés general. En definitiva, es demasiado poco tiempo el plazo de diez años que la Ley ha establecido. Es seguro que sería menos discutible si se hubiera ampliado para equipararlo a los plazos máximos de prescripción (treinta años) en los que se produce también una mayor desvinculación, o casi total olvido, de la cosa expropiada y sus propietarios iniciales.

Pero la legislación ulterior a la citada Ley de 1999 que modificó el precepto que comentamos, no solo no ha sido rectificadas en tal sentido sino que ha restringido más el ámbito propio del derecho de reversión. El artículo 34.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 dispone, respecto del derecho de reversión, que:

«Si se alterara el uso que motivó la expropiación del suelo, en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, procede la reversión salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el uso dotacional público que hubiera motivado la expropiación hubiera sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o bien que el nuevo uso asignado al suelo sea igualmente dotacional público.

**969.**

*Los casos en que no procede la reversión.*

**970.**

*Reversión en la legislación del suelo.*



b) Haberse producido la expropiación para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de este.

c) Haberse producido la expropiación para la ejecución de una actuación de urbanización.

d) Haberse producido la expropiación por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al suelo conforme a esta Ley.

e) Cualquiera de los restantes supuestos en que no proceda la reversión de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.»

Además de los supuestos indicados, referidos todos a la modificación o revisión del planeamiento, el apartado 2 del mismo artículo 34 prescribe que el derecho de reversión también surge, en los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización, cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido.

Concluye el mismo artículo 34, en su apartado 3, que no procede la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su suelo o subsuelo, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 17, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado o concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado primero del mismo precepto que antes hemos transcrito.

### C) El ejercicio del derecho

Cuando proceda la reversión, de acuerdo con los criterios que hemos recogido en el apartado anterior, el plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan solicitarla será el de tres meses a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado el exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiado o su propósito de no ejecutar la obra o no implantar el servicio. Si no se produce esta notificación, el apartado 3 del artículo 54 establece que pueda ejercerse por el expropiado y sus causahabientes, sometiénolo a las siguientes condiciones: si se ha producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiados, el derecho ha de ejercerse dentro del plazo de veinte años desde la toma de posesión de aquellos; si se trata de que no se ha ejecutado la obra o implantado el servicio, el derecho de reversión puede ejercitarse cuando hayan transcurrido cinco años en los que dicha inactividad se haya mantenido; procede también la reversión cuando la ejecución de la obra o las actuacio-

nes para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de estos ningún acto expreso para su reanudación.

La competencia para resolver sobre la reversión corresponde a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho en el momento en que se solicite aquella o a la que se encuentre vinculado el beneficiario de la expropiación, en su caso, titular de los mismos. En el Registro de la Propiedad se hace constar el derecho preferente de los reversionistas frente a posibles terceros adquirentes (artículo 54, apartados 4 y 5).

El ejercicio del derecho de reversión implica la entrega del bien expropiado, pero, por otro lado, exige al titular del mismo la «restitución de la indemnización expropiatoria percibida». Como, entre el momento de la fijación del justiprecio inicial y el del eventual ejercicio del derecho de reversión habrá transcurrido tiempo, el artículo 55 de la Ley establece las siguientes correcciones en relación con la restitución indemnizatoria que corresponde pagar al reversionista: a) la indemnización percibida inicialmente debe ser actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión. b) Si el bien o derecho expropiado hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionara su valor, o hubiera incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho, o sufrido menoscabo de valor, se producirá una nueva valoración del mismo conforme a las reglas establecidas en la ley para la fijación del justiprecio.

El pago o consignación del importe resultante es requisito esencial y previo para la toma de posesión del bien o derecho revertido, en lógica correspondencia con el principio de previo pago que rige nuestro sistema legal de expropiación forzosa en los términos que ya hemos estudiado. Igualmente se aplican las indemnizaciones por demora, para asegurar los ajustes que la garantía plena de indemnidad del beneficiario de la expropiación exige.

## 7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

### A) En la legislación de expropiación forzosa

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 intentó reconducir todos los procedimientos expropiatorios preexistentes a uno general y único que es el que estudiamos en las páginas precedentes. No obstante lo

#### 972.

*Competencia.*

#### 973.

*«Restitución de la indemnización».*

#### 974.

*Pago y toma de posesión.*

**975.**  
Expansión  
de los  
procedimientos  
especiales.

cual los artículos 59 y siguientes de la LEF mantuvieron algunos procedimientos especiales caracterizados bien por la extensión material de la expropiación, o por las características de los bienes expropiados, o los sujetos intervinientes, y además permitió, en la disposición final 3.<sup>a</sup>, que el Gobierno determinase mediante Decreto qué disposiciones especiales en materia de expropiación habrían de mantenerse en vigor. Este laudable empeño de reducción y ordenación de la regulación se ha ido diluyendo al cabo del tiempo debido a que, por un lado, algunas leyes estatales recientes establecen supuestos expropiatorios especiales (por ejemplo, Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, artículos 52 y siguientes; Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, artículos 103 y siguientes; Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, artículos 27 y siguientes; Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, artículo 17; etcétera); por otro, aunque el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de expropiación forzosa, el Tribunal Constitucional ha considerado legítimo que las Comunidades Autónomas puedan establecer en su propia legislación algunas especialidades de procedimiento para adaptar los trámites previstos en la legislación estatal a las circunstancias específicas de cada regulación sectorial de su competencia, lo cual ha permitido la aparición de bastantes singularidades que ahora son difíciles de sistematizar. Algunas, y no las menos destacadas, en el ámbito de la legislación urbanística, que también el propio Tribunal Constitucional, como nos consta, ha considerado competencia propia de las Comunidades Autónomas (sobre la primera jurisprudencia referida, *vid.* SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; y sobre la segunda cuestión, SSTC 61/1997, de 20 de marzo de 1997; 164/2001, de 11 de julio, y 178/2004, de 21 de octubre).

En la Ley de 1954 los procedimientos especiales que se regulan son los siguientes:

**976.**  
Expropiación por  
zonas o grupos de  
bienes.

— La expropiación por zonas o grupos de bienes se caracteriza por afectar a grandes zonas territoriales o series de bienes, lo que justifica que la Ley habilite para que el Consejo de Ministros acuerde, mediante decreto, la aplicación del procedimiento especial que se singulariza principalmente por las reglas sobre la fijación del justiprecio. Esta operación central en la expropiación se lleva a cabo formulando la Administración expropiante un proyecto de clasificación de las zonas o clases de bienes a expropiar, según la diferente naturaleza económica de los mismos, y asignando precios máximos y mínimos de valoración para cada uno de estos grupos. El proyecto se publica, abriéndose un

trámite de información pública y de audiencia, en el que se puede reclamar sobre la clasificación. Fijados definitivamente los precios máximos y mínimos, serán preceptivos para la valoración del precio de las fincas o bienes comprendidos en cada grupo.

— Expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad cuando se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilice en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva (artículo 71 LEF). Es crucial la declaración positiva de la función que ha de cumplir el propietario y la constatación de su incumplimiento. Se incluye la posibilidad de la subasta de los bienes a los efectos de su adjudicación a un beneficiario que cumpla con las cargas asignadas al bien expropiado (artículo 75 LEF).

— La expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico tiene de particular, especialmente, que el justo precio no se fija por el Jurado de Expropiación sino que se atribuye a la tasación pericial de una comisión compuesta por tres académicos designados uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación nacional y el tercero por el propietario del bien afectado (artículos 76 y siguientes). Se comprende también, en la determinación del justo precio, lo que concierne al premio que la legislación de patrimonio artístico concede, en su caso, a los descubridores de los objetos.

— La expropiación que da lugar al traslado de poblaciones, regulada en los artículos 86 y siguientes, también tiene como peculiaridad principal la cantidad de bienes que son objeto de expropiación y, sobre todo, la circunstancia de que haya que trasladar la población de una entidad local completa; esto determina la necesidad de incluir en el justiprecio los perjuicios que ocasione el traslado y las indemnizaciones correspondientes para la instalación en otro terreno con características similares al territorio de la entidad afectada. En el artículo 89 se establecen cuáles son los perjuicios indemnizables (por cambio forzoso de residencia, por reducción del patrimonio familiar o por interrupción de actividades profesionales, comerciales y manuales ejercidas personalmente por el interesado).

— Las expropiaciones por causa de colonización y de fincas mejorables simplemente se enuncian como especiales en el artículo 97 LEF, que remite a la legislación de reforma y desarrollo agrario (en su día refundida en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y en la Ley de 16 de noviembre de 1979 sobre fincas manifies-

**977.**

*Expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad.*

**978.**

*De bienes de valor artístico, histórico y arqueológico.*

**979.**

*Traslado de poblaciones.*

**980.**

*Colonización y fincas mejorables.*

tamente mejorables) actualmente establecida con diferentes criterios en la legislación autonómica.

**981.**

*Obras públicas.*

— En fin, las expropiaciones por causa de obras públicas presentan la especialidad, consignada en el artículo 98 LEF, de que las facultades de incoación y tramitación de expedientes corresponden a los ingenieros jefes de los servicios respectivos, que asumen las funciones que se atribuyen a los delegados y subdelegados del Gobierno en el procedimiento general.

**B) Expropiaciones urbanísticas****982.**

*Planes y legitimación de expropiaciones.*

Es una regla tradicional en nuestra legislación urbanística, que actualmente recoge el artículo 29.2 del Texto refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008, que la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística «conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y esta deba producirse por expropiación».

En la legislación estatal del suelo, la utilización del instituto expropiatorio ha tenido tradicionalmente las siguientes proyecciones:

**983.**

*Funciones de la expropiación en la legislación del suelo.*

— La expropiación es uno de los sistemas de ejecución de los planes y puede aplicarse a un ámbito territorial completo (artículo 34 y siguientes del TR de 1976).

— Puede utilizarse como instrumento para la ejecución de sistemas generales de ordenación urbanística del territorio o de operaciones urbanísticas aisladas (artículo 134.2 del mismo texto legal).

— De la expropiación puede servirse la Administración para incrementar los patrimonios públicos del suelo (artículo 90.2 TR de 1976).

— Puede aplicarse, en fin, como respuesta al incumplimiento de las obligaciones y cargas que han de atender los propietarios de suelo (artículos 66 y 124.2 TR de 1976, y artículo 36.1 TR de 2008; este último establece que «El incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias»).

En cuanto a los procedimientos, sin perjuicio de las especialidades que enseguida se referirán en lo que concierne al justiprecio y ocupa-

ción de los bienes, la legislación estatal del suelo estableció algunas reglas que ha desarrollado la legislación autonómica. Dos de ellas son reseñables por todas: la primera es la expropiación a solicitud del interesado o expropiaciones por ministerio de la ley, inicialmente previstas en el artículo 69 del Texto Refundido de 1976, donde se establece que, transcurridos cuatro años desde la aprobación de un plan sin que hayan sido expropiados los terrenos de un propietario destinados a zonas verdes o dotaciones públicas, respecto de los cuales no haya ninguna posibilidad de equidistribución entre los propietarios que no hayan sido expropiados, el propietario de los terrenos tiene derecho a solicitar la incoación del expediente de expropiación. Alguna legislación autonómica ha recogido esta previsión. La segunda es la liberación de expropiaciones que, con origen en el artículo 56 de la Ley del Suelo de 1956, recogieron luego otras normas posteriores hasta el Texto Refundido de 1992 (artículo 175). Consiste en la exclusión de un bien situado en el ámbito de una expropiación urbanística, a cambio de imponer condiciones que aseguren la participación del propietario, público o privado, en la gestión urbanística. Esta previsión desapareció de la legislación estatal como consecuencia de la inconstitucionalidad que declaró la STC 67/2001, pero es una institución que presenta también peculiaridades y matices de interés en el ámbito urbanístico.

Desde el punto de vista del procedimiento expropiatorio, además de la circunstancia de que la necesidad de ocupación que lo inicia se entienda implícita en la aprobación del plan correspondiente, lo más singular de las expropiaciones urbanísticas es la fijación del justiprecio (en cuanto a su tramitación, presenta pocas especialidades en relación con el procedimiento general: artículo 30 TR de 2008), especialmente por cuanto concierne a la valoración de los bienes que ha de llevarse a cabo utilizando necesariamente los criterios establecidos en el Texto Refundido de 2008.

Las peculiaridades más destacadas son las siguientes (artículos 22 a 28 TR de 2008):

— Valoraciones del suelo rural: a) los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración. El artículo 23.a) establece criterios para el cálculo de la renta potencial, y habilita para que el valor del suelo rural obtenido aplicando los indicados criterios se corrija al alza en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y

**984.**

*Expropiación por ministerio de la ley.*

**985.**

*Liberación de expropiaciones.*

**986.**

*Valoraciones en suelo rural.*

ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración. b) Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración.

— Valoraciones en suelo urbanizado: el artículo 24 de la Ley contempla dos posibilidades: a) que el suelo no esté edificado o que la edificación existente o en curso de ejecución sea ilegal o se encuentre en situación de ruina física; en tal caso se considerará como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, y si no tienen asignada ninguna edificabilidad o uso privado, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que estén incluidos. A la edificabilidad resultante se aplica el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente «determinado por el método residual estático» [artículo 24.1.b)]. De la cantidad resultante se descuenta el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista. b) Que se trate de suelo edificado o en curso de edificación; en este caso, el valor de tasación será el superior que resulte de la tasación conjunta del suelo y la edificación existente que se ajuste a la legalidad «por el método de comparación» que se aplica exclusivamente a los usos de la edificación existente o de la construcción ya realizada; o, alternativamente si es superior, el determinado por el «método residual» aplicado exclusivamente al suelo sin consideración de edificaciones o construcciones existentes.

— La Ley prevé igualmente la valoración de las indemnizaciones que corresponden cuando los titulares tienen reconocida la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, es decir, que los terrenos han sido incluidos en la delimitación del ámbito de actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente.

— También se contemplan en la Ley los criterios de indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación, es decir, en los supuestos en que tales iniciativas hayan devenido inútiles para quien ha incurrido en ellas como consecuencia de una disposición o acto administrativo. Se aplican los criterios que establece el artículo 26 TR de 2008.

**987.**

*Valoraciones  
en suelo  
urbanizado.*

**988.**

*Indemniza-  
ciones.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS, J. M., *Urbanismo y patrimonio histórico*, Madrid, 2000.
- ABEL FABRÉ, J.: *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica*, Bosch, Barcelona, 2000.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- AGUADO I CUDOLÁ, V. (coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.
- ALBERTÍ ROVIRA, E.: *Autonomía política y Comunidad económica*, Civitas, Madrid, 1995.
- ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Madrid 1994.
- ALENZA GARCÍA, J. F.: *Manual de Derecho ambiental*, Universidad Pública de Navarra, 2001.
- ALLIX, D.: *Ententes et abus de position dominante (procédure et contentieux)*, Joly Communautaire, 1997.
- ALONSO GARCÍA, R.: «El soft law comunitario», *RAP*, n.º 154, enero-abril 2001.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.ª R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992.
- ALONSO SOTO, R.: «La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (Comentario a la Sentencia Philip Morris, de 17 de noviembre de 1987)», *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 15, n.º 3, 1988.
- «El control de las concentraciones de empresas en la nueva Ley española de Defensa de la Competencia», *Boletín de la Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 85, B-7, 1990.
- ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública, aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- ÁLVAREZ ARCE, J. L.; RÁBADE HERRERO, L. A.; BERENGUER FUSTER, F.; EGUIDAZU PALACIOS, F. y otros: *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: «La capacidad normativa de los sujetos privados», *REDA*, n.º 99, 1998.
- *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.



- «La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y la certificación», *REDA*, n.º 105, 2000.
- «Industria», en *Derecho de la Regulación Económica*, vol. VII (S. MUÑOZ MACHADO, dir.), Iustel, Madrid, 2010.
- AMADEO, J. L.: *La concesión de Servicios Públicos, según la Jurisprudencia de la Corte, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999.
- AMORELLI, G.: *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Cedam, Padova, 1992.
- AMSELEK, P.: «Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente», *AJDA*, 1968.
- ANCORA, F.: *Il Concessionario di Opera Pubblica tra Pubblico e Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- *La «Rescissione» del Contratto di Appalto di Opere Pubbliche. Autotutela e Potere Negoziale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- ANDRIEU, M.: «La normalisation européenne, un instrument de cohésion», *Revue du Marché Común et de l'Union européenne*, n.º 360, 1992.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *Las tarifas de los Servicios Públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976.
- «El servicio público como alternativa», *REDA*, n.º 23, 1979.
- «La empresa pública», en F. GARRIDO (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1981.
- «Servicio público y libertades públicas. Una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución», *Libro homenaje a F. Garrido Falla*, Madrid, 1992.
- *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J. M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons y Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- ARIZA DOLLA, G.: «La homologación en Francia, Alemania, Estados Unidos y Reino Unido», *Economía industrial*, n.º 47, 1986.
- *Barreras técnicas al comercio. Normalización, homologación y certificación de productos*, ESIC, Madrid, 1989.
- ARLANDIS, J.: «Service universel, évolution d'un concept-clé», *Communications & Strategies*, n.º 13, primer trimestre 1994.

- AROZAMENA, M. J.: *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.
- ARRIGHI DE CASANOVA, J.: «La compatibilité de la domanialité publique et du bail emphytéotique. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 25 février 1994, SA SOFAP Marignan Immobilier», *Revue Française de Droit Administratif*, 1994 (3).
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- ASCOLI, U. y PAVOLINI, E.: «Las organizaciones del tercer sector en las políticas socio-asistenciales en Europa: comparación de diferentes realidades», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- ASPAS ASPAS, J. M.: *Obras públicas y licencias municipales. La modulación de las competencias municipales urbanísticas por la prevalencia del interés general estatal o autonómico*, Atelier, Barcelona, 2009.
- AUBY, J. M.: «Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales», *AJDA*, 1984.
- AUBY, J. F.: *La délégation de service public*, PUF, Paris, 1995.
- «La délégation de service public: Premier bilan et perspectives», *RDP*, n.º 4, 1996.
- AUDIVERT ARAU, R.: *Régimen jurídico de la Etiqueta Ecológica*, CEDECS Editorial, S. L., Barcelona, 1996.
- ÁVILA ÁLVAREZ, A. M. y DÍAZ MIER, M. A.: *Política de competencia y política comercial: ¿hacia un acuerdo multilateral?*, Cámara Madrid, Madrid, 2003.
- ÁVILA, A. M.; CASTILLA URRUTIA, J. A. y DÍAZ MIER, M. A.: *Regulación del Comercio Internacional tras la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1994.
- AZOFRA VEGAS, F.: «La financiación privada de infraestructuras públicas», *REDA*, n.º 96, 1997.
- BACHOF, O.: «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaatesm», en la obra colectiva *Rechtstaatliche und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.
- BACKMAN, J. y ARASKOG, R. V.: *Regulation and Deregulation*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1981.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: «Sobre el concepto de fomento», *RAP*, n.º 54, p. 57.
- BALDWIN, R. y MCCRUDDEN, C.: *Regulation and public law*, Weidenfeld & Nicholson, London, 1987.

- BALDWIN, R.; SCOTT, C. y HOOD, C.: *A reader on regulation*, Oxford University Press, Great Britain, 1998.
- BALESTRA, R. H.; CARELLO, L. A.; CASSAGNE, J. C. y otros: *Cooperativas de Servicios Públicos*, Intercoop Editora, Buenos Aires, 1987.
- BALLBÉ, M. y PADRÓS, C.: *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones públicas*, Madrid, 2000.
- BANGEMAN: *Europa y la sociedad global de la información*, Bruselas, 26 de mayo de 1994.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.
- «Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico», en E. GÓMEZ-REINO y CARNOTA (dir.), *Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons y Xunta de Galicia, Madrid-Barcelona, 1998.
- *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009.
- BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional económico de la Comunidad Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2002.
- BARAK-EREZ, D. y GROSS, A. M. (eds.): *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- BARATTA, R.: «L'equivalenza delle normative nazionali ai sensi dell'art. 100 B del Trattato CE», *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 4, 1993.
- BARCELONA LLOP, J.: «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», *RAP*, n.º 137, 1995.
- *La utilización del dominio público por la Administración: las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- BAREA, J.: *El gasto público en servicios sociales (II)*, Cuentas satélite de los Servicios Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- BAREA, J.; JULIÁ, J. F. y MONZÓN, J. L.: *Las cuentas satélite de la economía social en España*, CIRIEC, 1995.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988.
- (Coord.): *Propiedad, expropiación y responsabilidad (la garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado)*, Madrid, 1996.

- BARRERE-MAURISSON, M. A. y ROBERT, G.: *Métier et service public France-Allemagne. L'exemple du système militaire*, La documentation Française, Paris, 1994.
- BASSOLS COMA, M.: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- BASTIDA, F. J. (coord.): *Propiedad y Derecho Constitucional. Ponencias debatidas en las jornadas organizadas por el Colegio de Registradores, en conmemoración de los XXV años de la promulgación de la Constitución Española*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2005.
- BAZEX, M.: «El consejo de la competencia y los contratos públicos», *Documentación Administrativa*, n.º 239, 1994.
- «L'appréhension des services publics par le droit communautaire», *RFDA*, n.º 5, 1995.
- BECHTEL, G.: *Selbstverwaltung und Auftragsverwaltung im Wohlfahrtswesen*, Gottingen, 1962.
- BEL, G.; CALZADA, J. y ESTRUCH MANJÓN, A.: «Economía y regulación de los derechos de red», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 707 y ss.
- BELLAMY, C. W. y CHILD, G. D.: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992.
- *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 4.ª ed., London, 1993; edición española Civitas, 1992.
- BELLESCHIZE, R. DE: *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, Paris, 2005.
- BENDA, E.: «Der soziale Rechtsstaat», *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1983.
- BERBEROFF AYUDA, D. (dir.): *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- BERGOUNOUX, J.: «Régulation européenne ou régulation nationale», en Ch. STOFFAES, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPEurope, Paris, 1994.
- BERLÍN, D.: «L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes», *RTDE*, 1983.
- *Contrôle communautaire de concentrations*, Pendone, 1992.
- BERNSTEIN, M.: *Regulation business by Independent Commission*, Princeton University Press, 1955.

- BERRINGER, C.: *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, C. H. Beck, München, 2003.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BEVERIDGE: *Informe de Lord: Pleno empleo en una sociedad libre*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.
- *Informe de Lord: Seguro Social y servicios afines*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- BEZANÇON, X.: *Les services publics en France. Du Moyen Age à la Révolution*. Presses Ponts et Chaussées, Paris, 1995.
- BIANCARRELLI, J.: «Droit de la concurrence & des concentrations: cinq années de jurisprudence du Tribunal de première instance», *Gazette du Palais*, 21-22, junio 1995.
- BIENAYME, A.: «L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la Décision Continental Can Company», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1972.
- BIGOT, G.: «Les mythes fondateurs du droit administratif», *RFD adm.*, n.º 16 (3), mayo-junio 2000.
- BISMARCK, O.: *Memorias*, 2 tomos, Montaner y Simón, Barcelona, 1898.
- BLACKMAN, C. R.: «Universal service: obligation or opportunity?», *Telecommunications Policy*, 1995.
- BLAISE, J. B.: *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes*, Librairies Techniques, Paris, 1964.
- «Application des règles de concurrence du traité aux opérations de concentration», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1989.
- «Concurrence. Contrôle des opérations de concentration», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990.
- BLASCO ESTEVE, A.: «El cierre del establecimiento como medida cautelar», en VV.AA., *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen I. España, Liber Amicorum Tomás Ramón-Fernández*, Thomson Reuters Civitas, 2012.
- BLASCO DÍAZ, J. L.: *El régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2006.
- BLUMANN, C.: *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Université de Tours, 1987.
- BOBES SÁNCHEZ, M. J.: *La teoría del dominio público y el Derecho de carreteras*, lustel, Madrid, 2007.

- «La integración europea según el Tribunal Constitucional alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa», *REDE*, n.º 33, 2010.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en E. W. BÖCKENFÖRDE (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, Frankfurt am Main, 1976.
- BOIX PALOP, A.: «Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público», *Revista General de Derecho*, n.º 680, Valencia, mayo 2001.
- BORGES, R. M.: «Pratiques restrictives de concurrence (ententes, abus de position dominante)», *procédure, Juris-Classeur Europe*, 1996.
- BOTELHO MONIZ, C.: «Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal», en S. MUÑOZ MACHADO (ed.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, tomo I, Madrid, 1997.
- BOURGOIS, J. H. y DRIJBER, B. J.: «Le Règlement CEE relatif au contrôle des concentrations: un premier commentaire», *Revue des Affaires Européennes*, n.º 1, 1990.
- BOURGON TIVAO, L. P.: *Manual de Servicios Públicos Locales*, MAP, Madrid, 1991.
- BOURLANGES, J. L.: «Service public national, services publics européens: crise et convergence», en Ch. STOFFAES, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPEurope, Paris, 1994.
- BOYER, R.: *La teoría de la regulación*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1992.
- *La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, Paris, 1987.
- BRACHET, P.: *Le Partenariat de Service Public. Avec usagers, élus, professionnels*, L'Harmattan, Paris, 1994.
- BRACONNIER, S.: «La régulation des services publics», *RFD adm.*, n.º 17 (1), enero-febrero 2001.
- BRAUN, A.; GLEISS, A. y HIRSCH, M.: *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, 2.ª ed., Maison F. Lacier, S. A., Bruxelles, 1977.
- BRECHON-MOULENES, Ch. y otros: *La concession de service public face au droit communautaire*, Sirey, Paris, 1992.
- BREYER, S.: *Regulation and Its reform*, Harvard, UP Cambridge, Massachusetts, 1982.
- BREYER, S. G. y STEWART, R. B.: *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown and company, Boston y Toronto, 1985.

- BRIONES, J.; FOLGUERA, J.; FONT, A. y NAVARRO, E.: *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BRITTAN, L.: «The Law and Policy of Merger Control in the ECC», *European Law Review*, vol. 15, n.º 5, 1990.
- BROWNSWORD, R.: *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BULLINGER, M.: «La Administración al ritmo de la economía y la sociedad (Reflexiones y reformas en Francia y Alemania)», *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993.
- BURDEAU, F.: *Histoire de droit administratif*, PUF, Paris, 1995.
- BUSTILLO BOLADO, R. y CUERNO LLATA, J. R.: *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.
- CABRA DE LUNA, M. A.: *El tercer sector y las fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.
- CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.
- CAPPELLETTI, M. (dir.): *Accès à la Justice et État-Providence*, Economica, 1984.
- CARBONELL, E. y MUGA, J. L.: *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARLES, J. y DUPUIS, J.: *Service Public Local, Gestion Publique, Gestion Privée?*, Nouvelles Editions Fiduciaires, Levallois-Perret, 1989.
- CARLÓN RUIZ, M.: *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Navarra, 2007.
- «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, lustel, Madrid, 2009, pp. 463 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- «Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 98/34/CE. (La doctrina del TJCE sobre la "inoponibilidad" frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia "CIA Security")», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 37, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, enero-marzo 2000.

- «Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos», *Revista de Administración Pública*, Madrid, enero-abril 2009.
- «La regulación de la seguridad y la calidad industrial y productiva», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 577 y ss.
- CARRO, J. L.: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *REDA*, n.º 29, 1981.
- CARRO MARINA, M.: «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español», en S. MUÑOZ MACHADO (ed.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, tomo I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- CARTOU, L.: «Le contrôle communautaire des concentrations de dimension communautaire. Règlement CEE n.º 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE, n.º L 395 du 30-12-1989)», *Le Petites Affiches*, n.º 35, 21 mars 1990.
- CARVAJO, J.: *Droit des services publics*, Dalloz, Paris, 1990.
- CASADO CASADO, L.; FUENTES I GASÓ, J. R.; JARIA I MANZANO, J. y PALLARÉS SERRANO, A.: *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2010.
- CASARES MARCOS, A. B.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.
- CASES, Ll.: «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 425 y ss.
- CASSAGNE, J. C.: *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993.
- CASSESE, S.: *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2008.
- CASTELL, M. y BOSCH, N.: *El futuro del Estado del bienestar*, Civitas, Madrid, 1998.
- CASTELL BORRÁS, B.: *La defensa de la competencia en la CEE. Artículo 85 del Tratado de Roma*, Bosch, Barcelona, 1986.
- CAUPERT, F.: *La normalisation*, Montpellier, 1977.
- CEEP: *Europe concurrence et Service Public*, Masson, Paris, 1995.
- CHAPUS, R.: «Le service public et la puissance publique», *RDP*, 1968.
- «A propos du pouvoir réglementaire ministériel», *Droit Administratif général*, tomo I, 1987.



- CHARLIER, R. E.: *La notion de service public industriel ou commercial*, JCP, 1955.
- *Service public et libertés*, Éditions de L'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1957.
- CHEROT, J. Y.: «L'article 90, paragraphe 2, du Traité de Rome et les entreprises de réseau», *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 20 de marzo de 1996.
- *Droit Public Économique*, Economica, Paris, 2002.
- CHEVALLIER, J.: *Le service public, Que sais-je?*, PUF, 2.<sup>a</sup> ed., 1991.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «Servicio Público. ¿Crisis o renovación?», en AAVV, *Régimen jurídico de los servicios públicos*.
- *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje a E. García de Enterría*, vol. II, Madrid, 1991.
- CHINCHILLA MARÍN, C. y BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas*, Madrid, 2004.
- CICERO, N. K.: *Servicios Públicos. Control y Protección*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- CIDONCHA, A.: *La libertad de empresa*, Civitas, Navarra, 2006.
- CIRIANO VELA, C. D.: *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.
- CLEGG, A.: «Universal service obligations», *Telecommunications Policy*, 1995.
- COCKBORNE, J. E. DE: «El control de las concentraciones de empresas en la Comunidad Económica Europea», *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 52, 1988, serie D-9.
- COLLECTIF SSIG: *Les services sociaux et de santé d'intérêt général: droits fondamentaux versus marché intérieur?*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- COLLIARD, C. A. y TIMSIT, G.: *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988.
- COMIN, F.: «Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español», *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996.
- COMISIÓN EUROPEA: *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Libro Blanco, Luxemburgo, 1994.
- *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. La gestion de la reconnaissance mutuelle des règles nationales après 1992 —Conclusions opérationnelles tirées du recensement effectué en vertu de l'Article 100 B du Traité CE— (COM 93//0669/FIN).*

- *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, Bruselas, abril 1999.
- COMITÉ DE SABIOS: *Informe por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, Bruselas, 1996.
- CONAC, G.; DEBENE, M. y TEBOUL, G.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, Paris, 1993.
- CONSEIL D'ÉTAT: «Rapport Public de 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau?», *Etudes et documents*, n.º 46, Paris, 1995.
- COOK, J. y KERSE, Ch.: *EEC Merger control regulation 4064/89*.
- CORAIL, J. L.: *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1954.
- CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A. (eds.): *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- COSTA, J. P.: «La Carta Social Europea», revisada en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- COURATIER, J.: «Fusions et acquisitions dans les industries en crise: une étude comparée de la législation sur la libre concurrence aux Etats-Unis et dans la CEE», *Revue du Marché Commun*, n.º 319, 1988.
- CROISSET, Ch.; PROT, B. y ROSEN, M. DE: *Dénationalisations*, Economica, Paris, 1986.
- CROLEY, S. P.: *Regulation and Public Interests. The Possibility of GOOD Regulatory Government*, Princeton University Press, New Jersey, 2008.
- CRUZ FERRER, J. DE LA: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- CRUZ FERRER, J. DE LA y LÓPEZ LOZANO, M. A. (coord.): *Conferencia Internacional sobre Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.
- CRUZ FERRER, J. DE LA: «El problema de las garantías jurídicas en la financiación privada de infraestructuras», *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.
- *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- CTNE, ASESORÍA JURÍDICA: *Régimen Concesional del Servicio Público Telefónico en España*, Madrid, abril 1983.
- CUBERO MARCOS, J. I.: *Régimen Jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*, IVAP, Oñati, 2008.

- CUCHILLO FOIX, M.: *Les «class actions» com a mecanismes de protecció dels drets econòmics i socials en l'ordenament dels Etats Units*, Institut d'Estudis Autonòmics, 1991.
- DAL, G. A. y KRENC, F. (dir.): *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.: *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural*, Cedes, Derecho Administrativo, Barcelona, 2000.
- *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *Derecho Administrativo y autorregulación*, Tesis Doctoral, Girona, 2002.
- *La competencia desleal*, lustel, Madrid, 2007.
- «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, lustel, Madrid, 2009, pp. 631 y ss.
- DECHERY, J. L.: «Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990.
- DENOYER, J. F.: *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, Paris, 1969.
- DERTHICK, M. y QUIRK, P.: *The politics of deregulation*, The Brookings Institution, Washington, 1985.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *La expropiación de los enclaves privados del litoral*, Madrid, 2007.
- DELVOLVÉ, P.: «Service public et libertés publiques», *RFDA*, n.º 1, enero-febrero 1985.
- «Les arrêts et le système de la concession de service public», *RFDA*, n.º 1, 1987.
- DÍAZ CANEJA: «Regulación administrativa del sector eléctrico», *Economía Industrial*, mayo-junio 1989.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Nota introductoria de los discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Civitas.
- «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, lustel, Madrid, 2009, pp. 409 y ss.
- DIMOCK, M. E.: *British public utilities and national development*, George Allen and Unwin, Lt., London, 1933.

- DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- DORDICK, H. S.: «The origins of universal service. History as a determinant of telecommunications policy», *Telecommunications Policy*, 1990.
- D'ORMESSON y D. MARTÍN: «L'élaboration des lois de privatisation, Présentation générale du cadre juridique», *Droit et pratique du commerce international*, 1987, n.º 3.
- DRUESNE, G. y KREMLIS, G.: *Politique de concurrence de la CEE*, Paris, 1986.
- DUC, M. LE: *Services publics de réseau et Europe, Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni (fer, route, air et eau-assainissement)*, La Documentation Française, Paris, 1995.
- DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, 3.ª ed., Bocard, Paris, 1928.
- DURUPTY, M.: *Les privatisations en France*, n.º 4857, NED, Paris, 1988.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. y VANDAMME, J.: *Interventions Publiques et Droit Communautaire*, A. Pedone, 1988.
- EDWARD, D. y HOSKINS, M.: «Article 90: Deregulation and EC Law. Reglections arising from the XVI FIDE Conference», *Common Market Law Review*, n.º 31, 1995.
- EHLERMANN, C. D.: «Douze ans d'application du contrôle des concentrations: bilan et perspectives», *Revue du Marché Commun et de la UE*, 1993, n.º 366.
- EIFERT, M.: «Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung», *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000.
- ELLAND, E.: «The Mergers Control Regulation (ECC) n.º 4064/89», *European Competition Law Review*, 1990.
- ELLIOT, D. E.; ACKERMAN, B. A. y MILLÁN, A. C.: «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law, Journal of Law», *Economics and Organization*, vol. I, 1985.
- EMBED IRUJO, A.: «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», en A. EMBED (dir.), *Precios y Mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996.
- «Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», *RAP*, n.º 143, 1997.
- (Dir.): *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998.
- *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009.
- (Dir.): *Derechos económicos y sociales*, lustel, Madrid, 2009.

- EMBID IRUJO, A., y COLOM PIAZUELO, E.: *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, 2003.
- EMBID IRUJO, A. y DOMÍNGUEZ SERRANO, J. (Dir.): *La calidad de las aguas y su regulación jurídica (un estudio comparado de la situación en España y México)*, Iustel, 2011.
- EMBID TELLO, A. E.: *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010.
- ENTRENA RUIZ, D.: *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador*, Civitas, Navarra, 2006.
- ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1999.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: «La noción de empresa pública en la CEE», *Revista Jurídica la Ley*, 30 de junio de 1988.
- ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Alfons El Magnànim, Valencia, 1994.
- ESTEBAN VILLAR, M. DE: *El diálogo intercultural en España: un requisito de la educación y cultura de paz*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid, 2009.
- ESTEVA MOSSO, C.: «La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du traité CEE», *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3-4, 1993.
- ESTEVE PARDO, J.: *Régimen jurídico administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1984.
- *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes*, Madrid, 1995.
- *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP*, n.º 149, 1999.
- *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- *Derecho ambiental y riesgo tecnológico*, <http://www.iustel.com>, 2002.
- «La regulación de la economía desde el Estado garante», *La Autonomía Municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo-Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

- «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 293 y ss.
  - «Las prácticas de mercado como instrumento de regulación. Buenas Prácticas y Prácticas Aceptadas por el regulador», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 669 y ss.
  - «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 881 y ss.
- ESTOA PÉREZ, A.: *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006.
- FABIO, U. DI: *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- FAINSOD, M.: «Some reflections on the Nature of the Regulatory Process», en C. J. FRIEDRICH y E. S. MASON (eds.), *Public Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1940.
- FALCÓN Y TELLA, R.: «La doble financiación de las televisiones públicas en España desde la óptica del Derecho de la competencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 8, 1996.
- FARRIS, M. T. y SAMPSON, R. J.: *Public Utilities: Regulation, management and Ownership*, Houghton Mifflin Cia., 1973.
- FAVOREAU, L.: *Nationalisations et Constitution*, Economica, Paris, 1982.
- FEHLING, M. y RUFFERT, M.: *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Navarra, 2007.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Y. A. y CALVO CARAVACA, L.: *Derecho Mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: «Calidad del suministro y derechos de los usuarios. La suspensión del suministro. Gestión de la demanda, ahorro y eficiencia energética», en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético*, tomo II, Iustel, 2009, pp. 811 y ss.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Industria», en VV. AA., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II.
- *La subvención: Concepto y Régimen Jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
  - *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, 1993.

- (Dir.): *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J.: *Definición de Servicio Público: su aplicación al problema del suministro de gas*, Aranzandi, Pamplona, 1984.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J.: *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Inscripciones y autorizaciones industriales», *RAP*, n.º 52, 1967.
- «Los poderes normativos del Banco de España», *RDBB*, n.º 13, 1974.
- «Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes», *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
- «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», *RAP*, n.º 150, 1999.
- «Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», *RAP*, n.º 166.
- «Reparcelación versus expropiación», *REDA*, n.º 3.
- *Manual de Derecho urbanístico*, 22.ª ed., Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ, T. R. y otros: «La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy», *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Las expropiaciones urbanísticas*, Pamplona, 2002.
- *La política agraria común*, Navarra, 2000.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Resumen de Derecho Administrativo y ciencia de la Administración*, I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1950.
- FERNANDO PABLO, M. M.: «Comentarios a los artículos 61 a 65», *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), Civitas, Madrid, 1999.
- «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», *RAP*, n.º 134, mayo-agosto 1997.
- FIEND, M.: «Controlling mergers (European Court, sixth chamber, Judgment of November 17, 1987, Joined Cases 142 and 156/84, British-American Tobacco Company Ltd. And R. J. Reynolds Industries Inc. v. EC Commission. Comment)», *European Law Review*, vol. 13, 1988.

- FINE, F. L.: «The Philip Morris Judgment: Does Article 85 now extend to Mergers», *European Competition Law Review*, n.º 4, 1987, vol. 8.
- FIORINA, M. P.: *Legislative Choice of regulatory forms: legal process or administrative process? Public choice*, n.º 31, 1982.
- FONT GALÁN, J. I.: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986.
- FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (coords): *Estudios de Derecho de la competencia*, Universidad de Córdoba-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- FORNACCIARI, M.: «Le contrôle juridictionnel du choix du concessionnaire. Extraits des conclusions sur Conseil d'État, 7 décembre, 1986. Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers», *RFDA*, n.º 1, 1987.
- «Les arrêts relatifs au retrait des concessions», *RFDA*, n.º 1, 1987.
- FORSTHOFF, E.: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 12, 1954.
- «Verfassungsprobleme des Sozialstaats», en la obra colectiva *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.
- *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal Alemana)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Ch. Beck, München, 1971, traducción de L. LÓPEZ GUERRA y J. NICOLÁS MUÑIZ.
- FRAISSE, R.: *Le Service Public Demain*, Economica, Paris, 1989.
- FRANCH I SAGUER, M.: «Imbricación del dominio público y privado», *RAP*, n.º 139, enero-abril 1996.
- FRIEDMAN, M. R.: *Free to Chose*, New York, 1979 (traducción española, *Liber-tad para elegir*, Grijalbo, 1992).
- FRIGNANI, A. y WAELBROECK, M.: *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Jóvene Editores, Napoli, 1983.
- GAILLARD, E.: «Le contrôle des concentrations d'entreprises dans la Communauté Économique Européenne», *Gazette du Palais*, n.ºs 52-53, 1990.
- GALÁN GALÁN, A.: *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*, Valladolid, 2002.
- GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C.: *Normas de gestión de las licencias urbanísticas de actividades*, Ayuntamiento de Madrid, Huygens, Madrid, 2010.
- (Dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.
- GALANT, H. C.: *Histoire politique de la sécurité sociale française 1945-1954*, Paris, 1995.



- GALBRAITH, J. K.: *Memorias. Una vida de nuestro tiempo*, Grijalbo, Barcelona, 1982.
- GAMBELLI, F.: *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne*, Eyrolles, Paris, 1994.
- GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (dir.): *La legislación de industria en Aragón. Estudios sobre el régimen jurídico de la actividad industrial*, vols. I y II, Zaragoza, 2009.
- GARCÍA ANDRADE, J.: *La Fundación: un estado jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP*, n.º 17, 1955.
- «Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico», *REDA*, n.º 1.
- «El régimen jurídico de la electricidad durante el siglo de vida de la Compañía Sevillana de Electricidad», en el libro colectivo *Compañía Sevillana de Electricidad, 100 años de Historia*, editado por la Fundación Sevillana de Electricidad, 1994.
- «El reconocimiento de los derechos sociales en la Comunidad Europea», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª reimpresión, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13.ª ed., Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Granada, 1999.
- GARCÍA LLOVET, E.: *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- GARCÍA LUENGO, J.: «Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión», *REDA*, n.º 106, 2000.
- GARCÍA MACHO, R. (Ed.): *Ordenación y Transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, 2014.

- GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008.
- *Espacios naturales protegidos. Cuestiones jurídicas de la Ley 4/1989, de 27 de marzo*, Oñati, 1999.
- GARRIDO FALLA, F.: «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», *REDA*, n.º 29, 1981.
- «Privatización y Reprivatización», *RAP*, n.º 126, 1991.
- «El concepto de servicio público en Derecho español», *RAP*, n.º 135, 1994.
- «La idea de fomento en el profesor Jordana de Pozas», *Maestros complutenses de Derecho. Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- GATSIOS, K. y SEABRIGHT, P.: «Regulation in the European Community», *Oxford Review of Economic Policy*, 5, n.º 2, pp. 37 y ss.
- GAUDEMET, Y.: *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, Dalloz-Sirey, 1978.
- «Les constructions en volume sur le domaine public», en el libro colectivo *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, Paris, 1991.
- GAY, L.; MAZUYER, E. y NAZET-ALLOUCHE, D.: *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- GEOFFRY, J. B.: «Service public et prérogatives de puissance publique», *Revue de Droit Public*, 1987.
- GEREMEK, B.: *La piedad y la horca. Historia de la miseria y de la caridad en Europa*, Alianza, 1998.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *RAP*, n.º 135, 1994.
- *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1996.
- GOH, J.: «Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: El "Private Finance Initiative" y su régimen jurídico», en el libro *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, A. RUIZ OJEDA y otros (dir.), Instituto de Estudios Económicos, Civitas, Madrid, 2000.
- GOLDMAN, B.; LYON-CAEN, A. y VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, 5.ª ed., Dalloz, Paris, 1994.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «La reserva al sector público de recursos y servicios esenciales», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española*, vol. V.

- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ BLANCH, F.: *Fundamentos del análisis económico de la regulación*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- (Dir.) y otros, *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, lustel, Madrid, 2007.
- *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- «Bienes Patrimoniales», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.) y otros, *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, lustel, Madrid, 2007, pp. 133-141 (2007 a).
- «Dominio Público», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.) y otros, *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, lustel, Madrid, 2007, pp. 322-335 (2007 b).
- «Notas sobre el régimen general del dominio público», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), y otros, *Derecho de los Bienes Públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 67-108 (2009 a).
- «Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA y otros, *Derecho de los Bienes Públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-145 (2009 b).
- «Régimen general del Dominio Público», en T. CANO CAMPOS (coord.) y otros, *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo V, «Bienes e Infraestructuras Públicas», lustel, Madrid, 2009, pp. 13-36 (2009 c).
- (Dir.): *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- (Dir.): «VIII. Comercio Exterior», *Derecho de la Regulación Económica*, lustel, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Universidad de Vigo, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ RABANAL, M. C. (coord.): *La acción y los retos del Sector Público. Una aproximación*, Delta Publicaciones, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M.: *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.

- *Las obligaciones de Servicio Público en el transporte aéreo*, Iustel, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ SEARA, L.: «Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- GORDON, L.: *The public corporation in Great Britain*, Oxford University Press, London, 1938.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GOYDER, D.: *EC Competition Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1999.
- GRAHAM, C. y PROSSER, T.: *Privatizing Public Enterprises. Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- GRARD, L.; VANDAMME, J. y VAN DER MENSBRUGGHE, F.: *Vers un service public européen*, ASPE, Paris, 1996.
- GUAITA, A.: «La Administración de fomento», *Revista Las Ciencias*, 1959.
- GUEDON, M. J.: *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991.
- GUGLIELMI, G. J.: *Introduction au droit des services publics*, LGDJ, Paris, 1994.
- *Histoire et Service public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.
- GUGLIELMI, G. J. y KOUBI, G.: *Droit du service public*, Montchrestien, Paris, 2000.
- GUILLÉN CARAMES, J.: *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- GUTIÉRREZ ALONSO, J. J.: «El elemento tecnológico: el principio de neutralidad y sus implicaciones en la regulación», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 685 y ss.
- GUYON, Y.: «L'évaluation des valeurs mobilières à l'occasion des opérations de privatisation», *RFDA*, n.º 2, 1987.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *RDCE*, n.º 10, julio-diciembre 2001.
- GYSÉLEN, L.: «Le règlement du Conseil des Communautés européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique*, n.º 1, 1992.

- HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999. *Legitimationsprobleme im Spatkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973.
- HARDING, A. J.: *Public Duties and Public Law*, Clarendon Oxford Press, 1989.
- HARRIS, J.: *William Beveridge: A Biography*, Oxford University Press, Oxford, 1977.
- HARRIS, R. A. y MILKIS, S. M.: *The Politics of Regulatory Change*, Oxford University Press, New York, 1996.
- HAYEK, F.: *The constitution of liberty* (1960) (la traducción española, *Los fundamentos de la libertad*, 4.ª ed., Unión Editorial, 1985).
- HELLINGMAN, K.: *State participation as state aid under the EEC Treaty: the Commission guidelines*, CMLR, 23, 1986.
- HENRIKSEN, U. B.: *Anti-competitive State Measures in the European Community. An analysis of Decisions of the European Cce*, Handels- og skoleforlaget, Copenhagen, 1994.
- HERRERA GÓMEZ, M.: *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- HERRERA GÓMEZ, M. y TRINIDAD REQUENA, A.: *Administración Pública y Estado de Bienestar*, Civitas, Madrid, 2004.
- HERTLEY, K.: *Price controls, markets and Income distribution*, 1977.
- HILLS, J.: «Universal service: a social and technological construct», *Communications & Strategies*, n.º 10, 2.º trimestre de 1993.
- «Universal service. Liberalisation and privatization of telecommunications», *Telecommunications Policy*, vol. 13, n.º 2, 1989.
- HIRSCHMAN, A. O.: *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- «Cómo se exportó de los Estados Unidos la revolución keynesiana», *Tendencias autosubversivas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1996.
- HUERGO LORA, A.: *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998.
- HUMBOLDT, W. VON: *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988.
- IGALENS, J. y PENAN, H.: *La normalisation*, PUF, Paris, 1994.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998.
- INFORME CECCINI: *Europa 1992: El desafío global*, marzo 1988.
- INSTITUT FRANÇAIS DES SCIENCES ADMINISTRATIVES: *Les déréglementations*, Económica, Paris, 1988.

- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- JEANNEAU, B.: *Droits des services publics et des entreprises nationales*, Dalloz, Paris, 1984.
- JÈZE, G.: *Principios generales del Derecho Administrativo*, traducción española, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, IVAP, Oñati, 2010.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, tomo IV.
- (Dir.): «II. Mercado de Valores», *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, Madrid, 2009.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J. y AGUDO GONZÁLEZ, J.: *Expropiación y grandes infraestructuras*, Madrid, 2004.
- JIMÉNEZ JAÉN, A.: *El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ PLAZA, C.: «La obligación de protección y defensa del patrimonio de las Administraciones Públicas», en J. F. MESTRE DELGADO (dir.) y otros, *El Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentario a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, El Consultor, Madrid, 2004, pp. 333-337.
- JOIN-LAMBERT, C.: *L'État moderne et l'administration*, LGDJ, Paris, 1994.
- JONES, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, E.: *The EEC Merger regulation*, Sweet & Maxwell, 1992.
- JONG, H. W. DE: «Concentration in the Common Market. A Comment on a Memorandum of the EEC Commission», *Common Market Law Review*, 1966.
- JORDANA DE POZAS, L.: *La Administración consultiva de Fomento*, Zaragoza, 1917.
- «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, 1949.
- *Algunas consideraciones sobre los servicios municipales de carácter económico*, Ateneo de Madrid.
- *La Administración de Fomento y sus técnicas*, Facultad de Derecho de Madrid.
- JOURDAN, Ph.: «La formation de concept de service public», *RDP*, 1987.

- JUAN ASENJO, O. DE: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- KAY, J. y VICKERS, J.: «Regulatory Reform: An Appraisal», en la obra colectiva, *Deregulation or Re-Regulation*, Pinter Publishers, London, 1990.
- KEPPENNE, J. P.: «Le contrôle des concentrations entre entreprises: quelle filiation entre l'article 66 du Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et le nouveau règlement de la Communauté économique européenne?», *Cahiers de Droit Européen*, 1991, n.ºs 1-2.
- KORAH, V.: «The Control of Mergers under EEC Competition Law», *European Competition Law Review*, 1987, vol. 8.
- KORAH, V. y LASOK, P.: «Philip Morris and its aftermath merger control?», *Common Market Law Review*, 1988.
- *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 6.ª ed., Hart Publishing, London, 1997.
- *Cases and materials on EC competition law*, London, 1996.
- KORN, J.: *The power of separation. American Constitutionalism and the Myth of the Legislative Veto*, Princeton University Press, New Jersey, 1996.
- KÖTZ, H.: «La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de droit comparé», en M. CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la Justice et État-Providence*, Economica, 1984.
- KOVAR, GYSELEN, POILLOT-PERUZZETTO y BRILL: «L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit de sociétés», *Revue Trimestrielle de droit commercial*, 1992, 1.
- «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.ºs 2 y 3, abril-junio 1996.
- *Code Européen de la Concurrence*, Dalloz, 2.ª ed., 1996.
- LACHAUME, J. F.: *Grands services publics*, Masson, Paris, 1989.
- LACHAUME, J. F.; BOITEAU, C. y PAULIAT, H.: *Grands Services Publics*, 2.ª ed., Armand Colin, Paris, 2000.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n.º 145, enero-marzo 2010.
- LAUBADÈRE, A. DE: «Revalorisation récente de la notion de service public en droit administratif français», *AJDA*, 1961.

- LAVIALLE, Ch.: «L'occupation sans titre du domaine public», *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 de diciembre de 1981.
- «L'imprescriptibilité du domaine public», *Revue Française de Droit Administratif*, 1985, 1.
- «La constitution des droits réels sur le domaine public de l'État. Commentaire de la loi n.º 94-631 du 25 juillet 1994, portant la réforme du code du domaine de l'État et de la décision du Conseil Constitutionnel n.º 94-346 du 21 juillet 1994 s'y rapportant», *Revue Française de Droit Administratif*, 1994, 6.
- «L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée», *RFD*, n.º 6, 1996.
- LEGUINA VILLA, J.: «Instalaciones eléctricas, y precariedad administrativa», *RAP*, n.º 68.
- «Principios generales del Derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, n.º 114, septiembre-diciembre 1987.
- LINOTTE, D. y MESTRE, A.: *Services publics et droit public économique, I*, Librairies Techniques, Paris, 1982.
- LITAN, R. y NORDKAYS, W. D.: *Reforming Federal Regulation*, Yale University Press, New Haven, 1984.
- LITTLECHILD, S.: *Regulation of British Telecommunications Profitability*, London, 1985.
- LONG, M.: «Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire», *RFDA*, n.º Déc., 2001.
- LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, vol. 19, enero de 1993.
- LÓPEZ ESCUDERO, I.; PÉREZ DE NANCLARES, J. y otros: *Derecho Comunitario material*, McGraw Hill, Madrid, 2000.
- LÓPEZ-JURADO, F. B.: «Técnicas específicas de los servicios en red», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 759 y ss.
- LÓPEZ MENUDO, F.: *La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa*, XII Jornadas de la Función Consultiva, Consejo de Navarra, junio, 2010.
- LÓPEZ MENUDO, F.; CARRILLO DONAIRE, J. A. y GUICHOT REINA, E.: *La expropiación forzosa*, Valladolid, 2006.



- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: *Expropiación forzosa: el justiprecio. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, 1997.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho Urbanístico*, Madrid-Barcelona, 2007.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M.: *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- LORENZO GARCÍA, R. DE: *El nuevo derecho de fundaciones*, Fundación ONCE y Marcial Pons, Madrid, 1993.
- LOZANO CUTANDA, B.: *La auditoría ambiental y la gestión ecológica de la empresa*, www.iustel.com, 2002.
- *El etiquetado ecológico*, www.iustel.com, 2002.
- *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2001.
- LUCARELLI, F. y ROBERT, J.: *Nazionalizzazioni e Denazionalizzazioni*, Cedam, Padova, 1986.
- LLISET BORRELL, F.: *La gestión urbanística*, Madrid, 1998.
- MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MAGALDI, N.: *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- MAJONE, G.: *La Communauté européenne: un État régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996.
- MAJONE, G. y SPINA, A. LA: «Lo Stato regolatore», *Rivista Trimestrale di Scienza dell'amministrazione*, julio-septiembre 1991.
- MALARET GARCÍA, E.: *Servicios Públicos y Unión Europea: Los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición. Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial.
- «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)», *RAP*, n.º 116, 1988.
- «Industria», en la obra colectiva *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. II, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1990.
- *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Escola d'Administració Pública de Catalunya/Civitas, Madrid, 1991.
- «Administración pública y regulación económica», en el libro *La Autonomía Municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos*.

- cos y profesionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo-Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, n.º 145, 1998.
- «Administración Pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de Bienestar. Il Mulino», *Revista di Diritto Pubblico*, n.º 1, 2002.
- MARCOU, G.: «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», en el libro *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, A. RUIZ OJEDA y otros (dir.), Instituto de Estudios Económicos, Civitas, Madrid, 2000.
- MARENGO, G.: «Public sector and Community Law», *MLRev.*, 1983.
- «Le traité CEE interdit -il aux États membres de restreindre la concurrence?», *CDE*, n.ºs 3/4, 1986.
- MARTÍN MATEO, R.: *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.
- *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994.
- «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *RAP*, n.º 134, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge», *RAP*, n.º 38, mayo-agosto 1962.
- «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, n.ºs 100-102, 1983.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)», *RAP*, n.º 115, enero-abril 1988.
- *Derecho Económico Administrativo*, tomo I, La Ley, Madrid, 1988.
- (Dir.): *Derecho Económico Administrativo*, tomo II, La Ley, Madrid, 1991.
- «El ruido en la reciente jurisprudencia», *RAP*, n.º 125, mayo-agosto 1991.
- «Eficacia y garantía de los Derechos Fundamentales», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, 1991.
- «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP*, n.º 126, 1991.
- «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP*, n.º 150, 1999.

- «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», *RAP*, n.º 150, 1999.
- «Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J. M. (Dir.): «X. Sistema Bancario», *Colección Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, 2013.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C.: *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ LAGE, S.: «La libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: «Servicio público, servicio universal y "obligación de servicio público" en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 39, julio-agosto-septiembre 2000.
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los Servicios Públicos. Los principios de continuidad y de regularidad*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ RUIZ, J.: *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- MATÉS BARCO, J. M.: *Cambio institucional y servicios municipales. Una historia del servicio público de abastecimiento de agua*, Comares, Granada, 1998.
- MCCRAW, T. K.: *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1984.
- MCCRUDDEN, C.: *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- McMILLAN: «La certification, la reconnaissance mutuelle et le marché unique», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 2, Paris, 1991.
- MEILÁN GIL, J. L.: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, IEAL, 1968.
- *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Civitas, Navarra, 2006.
- MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Universidad Autónoma, Madrid, 1982.
- MENÉNDEZ REXACH, A.: «Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español», en A. EMBID (dir.), *Precios y Mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007, de Suelo y los espacios naturales protegidos», *Justicia Administrativa*, n.º 38, 2008.

- MERTENS DE WILMARS, J.: «Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté Européenne», en el libro coordinado por J. DUTHEIL DE LA ROCHERE y J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone, Paris, 1988.
- MESCHERIAKOFF, A. S.: *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991.
- «L'arrêt bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique», *Revue de Droit Public*, 1988.
- MESTRE, J. L.: *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985.
- MESTRE DELGADO, J. F. (dir.): *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, Madrid, 2004.
- MIGUEZ MACHO, L.: *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- MILLÁN MORO, L.: *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- MILNE, C.: «Opening the debate on universal service in the United Kingdom», *Telecommunications Policy*, febrero 1991.
- «Universal telephone service in the United Kingdom: An agenda for policy research and action», *Telecommunications Policy*, octubre 1990.
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Gestión y Evaluación de la Calidad en los Servicios Públicos*, Segundas Jornadas sobre Medición y Mejora de los Servicios Públicos, Madrid, octubre 1995.
- *El Estado ante los retos de fin de siglo*, Seminario en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, INAP, Santander, octubre 1995.
- *Cartas de Servicios Públicos*, INAP, Madrid, noviembre 1995.
- MIRANDA SERRANO, L. M.: *Las concentraciones económicas. Derecho Europeo y Español*, La Ley, 1994.
- MISHRA, R.: *The Welfare State in Capitalist Society: policies of retrenchment and maintenance in Europe, North America and Australia*, Wheatsheaf Books, Sussex, 1990.
- «Los límites del Estado de Bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- MODERNE, F.: «Les arrêts et le contentieux de la concession de service public», *RFDA*, n.º 1, 1987.
- MODERNE, F. y MARCOU, G. (eds.): *L'idée de Service Public dans le droit des états de L'Union Européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001.
- MONTAÑÉS MATILLA, M.: *El correo en la España de los Austrias*, Madrid, 1953.

- MONTORO ROMERO, R.: «Los fundamentos teóricos de la Política Social», en C. ALEMÁN y J. GARCÉS (coords.), *Política Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- «El Estado de Bienestar moderno», en S. MUÑOZ MACHADO; J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- MOORE, T.: *The purpose of licencing, Law and Economy*, n.º 93, 1961.
- MORAVCSIK, A.: «Preferences and Power in the European Community: A liberal intergovernmentalist approach», *Journal of Common Market Studies*, n.º 31, 1993.
- MORENO GIL, Ó., *Expropiación forzosa. Legislación y jurisprudencia comentada*, 2.ª ed., Madrid, 2000.
- MORENO MOLINA, A. M.: *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, 1996.
- MÜLLER, J.: «Universal service in telephone history: a reconstruction», *Telecommunication policy*, 1993.
- MUÑOZ GUIJOSA, M. A.: *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Expropiación y jurisdicción*, Madrid, 1976.
- «Las expropiaciones parciales», *Revista de Administración Pública*, n.º 81, septiembre-diciembre 1976, p. 183.
- «Control jurisdiccional y responsabilidad en las expropiaciones urgentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982. Ponente: García Manzano)», *Revista de Administración Pública*, n.º 36, enero-marzo 1983, pp. 103-109.
- «El servicio público, las intervenciones autorizatorias y la libre competencia en el sistema eléctrico», en el libro que recoge las ponencias de las *IV Jornadas Jurídicas de las Empresas Integradas en UNESA*, Barcelona, 1995.
- *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- *Servicio Público y Mercado*, 4 vols., Civitas, Madrid, 1997.
- *La regulación de la Red*, Taurus, Madrid, 2000.
- «La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado de Bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del Bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2002.

- «El planeamiento urbanístico», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003.
- «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 y ss.
- «Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia» en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético*, tomo II, Iustel, Madrid, 2009.
- (Dir.): *Derecho de la Regulación Económica* (dir.), 10 vols., Iustel, Madrid, 2013.
- (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal* (dir.), 4 vols., 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2011.
- «X Audiovisual», *Colección Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, 2011.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, Madrid, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA (dirs.): *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 1997.
- *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- *Las estructuras del Bienestar. Propuesta de reforma y nuevos horizontes*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S. y LORENZO GARCÍA, R. DE: *Política Social de la Unión Europea en materia de minusvalías*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S.; MESTRE DELGADO, J. F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO; J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (dirs.): «III. Sector Energético», *Derecho de la Regulación Económica*, 2 vols., Iustel, Madrid, 2009.
- NAVARRO CABALLERO, T. M.: *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos públicos del agua*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- NEAU-LEDUC, P.: *La réglementation de Droit Privé*, Litec, Paris, 1998.
- NICINSKI, S.: *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2005.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 12, 1998.
- *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- NÚÑEZ LOZANO, C.: *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- OCDE: «Performance indicators for public telecommunications operators», *ICCP*, n.º 22, Paris, 1990.
- «Universal service and rate restructuring in telecommunications», *ICCP*, n.º 23, Paris, 1991.
- «Universal service obligations in a competitive telecommunications environment», *ICCP*, n.º 38, Paris, 1995.
- OGUS, A. I.: *Regulation. Legal form and Economic Theory*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1996.
- OGUS, A. I. y VELJANOVSKI, C. G.: *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1984.
- ORTIZ ARCE, A.: «Las empresas públicas en el marco de la CEE. Aspectos del ordenamiento comunitario sobre libertad de competencia y sobre políticas sectoriales interesando a las empresas públicas», *RIE*, 1983.
- ORTIZ BLANCO, L. y COHEN, S.: *Derecho de la competencia europeo y español*, Dykinson, Madrid, 1999.
- OSSENBÜHL, F.: «Informe sobre la República Federal de Alemania. La Administración en la forma jurídica privada y a través de entidades privadas», *Autonomies*, n.º 15, 1992.
- PAÍS ANTUNES, L. M.: «L'article 90 du Traité CEE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 27 (2), 1991.
- PALAO TABOADA, F.: «Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 145 bis, 1995.
- PAPPALARDO, A.: «La prise de participation de l'État dans le capital des entreprises», en el libro de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE y J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone, Paris, 1988.
- «Concentrations entre entreprises et droit communautaire», *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 2, 1991.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1963.
- «Valor jurídico de las Circulares», *RDBB*, n.º 21, 1981.

- «Las Administraciones independientes», *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- «La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes. Apuntes para un estudio del fenómeno», *Administración Instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994.
- «El régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria en España», *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, 1995.
- «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y servicios públicos», *RAP*, n.º 153, 2000.
- «La intervención administrativa de las empresas energéticas», en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético*, tomo II, Iustel, Madrid, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *Derecho de los bienes públicos*, 4 vols., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- PARK, R. E. y MITCHELL, B. M.: *Local telephone pricing and universal telephone service*, Rand Corporation, Santa Mónica, 1989.
- PARLEMENT EUROPEEN, DIRECTION GÉNÉRALE DES ÉTUDES: *Document de travail, Entreprises publiques et services publics économiques dans l'Union Européenne*, Luxemburgo, 1996.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 3.ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PAVÓN, R.: «La normalización en España y en el mundo», *Economía Industrial*, n.º 247, 1986.
- PELLIZZER, F.: *Le Concessioni di Opera Pubblica. Caratteri e Principi di Regime Giuridico*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, VII, Padova, 1990.
- PEMÁN GAVÍN, J.: *Régimen jurídico del servicio de Correos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983.
- PENE, D.: *La privatisation en France*, AJDA, 1987.
- PERALES MADUEÑO, F.: «La ejecución del planeamiento», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003.
- PÉREZ, J. (coord.): *La Gobernanza de Internet. Contribución al debate mundial sobre la gestión y el control de la red*, Ariel, Madrid, 2008.



- PÉREZ DE LAS HERAS, B.: *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- PÉREZ DÍAZ, V.: *El retorno de la sociedad civil*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987.
- *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993.
- «El Tercer Sector», *Acción social en España*, Proyecto de Investigación, abril 2000.
- PÉREZ ROYO, J.: «Crisis del Estado social: un falso debate», en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PHILLIPS, Ch. F.: *The regulation of public utilities*, Public Utilities Reports, Inc. Arlington, Virginia, 1988.
- PICKARD, S. J.: «El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo», *Noticias CEE*, n.º 62, 1990.
- PIERRE-CAPS, S.: «La notion d'ouvrage public. Tendances de la jurisprudence récente», *Revue de Droit Public*, 1988, p. 1671.
- PINDER, J.: «Quelques questions au sujet de l'ordre économique communautaire», en el libro coordinado por J. DUTHEIL DE LA ROCHERE y J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone, Paris, 1988.
- PISIER-KOUCHNER, E.: *Le service public dans la théorie de l'État de Leon Duguit*, LGDJ, 1972.
- POLANYI, K.: *La gran transformación*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1997.
- PORRAS NADALES, A.: «El papel de la esfera pública ante la economía: nuevas reflexiones acerca del derecho regulativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 168, abril/junio 2015.
- POULLET, M. Y.: «Service universel ou public dans la politique européenne», en el libro dirigido por GRARD, VANDAMME y F. VAN DER MENSBRUGGHE, *Vers un service public européen*, Aspe, Paris, 1996.
- POVEDA GÓMEZ, P.: *Envases y residuos de envases: nueva legislación: comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril*, Exlibris, Madrid, 1997.
- PROSSER, T.: «Regulation of Privatized Enterprises: Institutions and procedures», en L. HANCHER y M. MORAN, *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford Clarendon Press.
- PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- QUADRA-SALCEDO, T.: *El servicio público de la televisión*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

- *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, CEC, Madrid, 1995.
- (Dir.): *El mercado interior de Servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- (Dir.): «IV. Telecomunicaciones», *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, Madrid, 2009.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Civitas, Madrid, 1987.
- RAKOVSKY, C.: «Services Publics et concurrence», *Revue des Affaires Européennes*, n.º 2, 1994, LGDJ, dedicado a *Les services publics en Europe: entre monopole et concurrence*.
- RAPP, L.: «Les lois de privatisation et la "respiration" du secteur public», *RFDA*, n.º 3, 1987.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.: *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- REBOLLO PUIG, M.: *La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad*.
- «El reintegro de subvenciones», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 407-518.
- «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 293 y ss.
- *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, 2012.
- REBOLLO PUIG, M. (dir.): «IX. Comercio interior», *Colección Derecho de la Regulación Económica*, dos tomos, Iustel, 2012.
- RECUERDA GIRELA, M. A.: *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- REDOR, M. J.: *De l'État legal a l'État de Droit (L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914)*, Economica, Paris, 1993.
- REES, R.: *Competition Policy and Public Enterprise in the European Community*, n.º 10, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996.
- REGOURD, S.: «Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours», *RDP*, n.º 1, 1987.

- RIBALLAUD, J. C.: «Les entreprises face aux pouvoirs d'enquête de la Commission des Communautés Européennes», *Actualités Communautaires*, número especial mayo 1991.
- RICO ARÉVALO, B. (dir.): *Régimen Jurídico y Económico de los «Hedge Funds»*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- RIDLEY, F. F. y WILSON, D.: *The Quango debate*, Oxford University Press, 1995.
- RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, 1996.
- RINGELHEIM, J.: *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- RIVAS DE ANDRÉS, J.: «El Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. Una primera aproximación», *Noticias CEE*, n.º 70, 1990.
- RIVERO ORTEGA, R. (dir.): *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España*, Civitas, Navarra, 2009.
- RODRÍGUEZ ARANA, J.: *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G. y CODORNIU, M.: *Las entidades voluntarias en España. Institucionalización, estructura económica y desarrollo social*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.
- «Cronique de jurisprudence: quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière d'aides d'État», *RIDE*, 1993.
- «Al final, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado (aplicación del artículo 93 del Tratado CE)», *GJ de la UE y de la competencia*, n.º 201, 1999.
- RODRÍGUEZ FONT, M.: «Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 829 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; LORENZO GARCÍA, R. DE y otros: *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: «A propósito del panorama de fuentes del derecho tras las Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», *Estu-*

- dios de Derecho Bancario y Bursátil, libro Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo III, La Ley, 1994.
- ROMBOLI, R. y CARRILLO, M.: *Los Consejos de Garantía Estatutaria*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- ROUBAN, L. (dir.): *Le Service Public en Devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- RUBIO LORENTE, F.: «Prólogo», al libro *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995.
- RUIZ ALONSO, F.: «Globalización y gobernabilidad», *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «El derecho de la competencia en la Comunidad Europea», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXXII, 1995.
- RUIZ OJEDA, A.: «London Docklands: una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo. Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español», *RAP*, n.º 139, enero-abril 1996.
- *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Marcial Pons, Universidad de Málaga, 1999.
- «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales», en el libro por él dirigido, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos, Civitas, Madrid, 2000.
- RUIZ OJEDA, A. (Dir.): «VI. Transportes», *Colección Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, 2010.
- *Fundamentos de regulación y competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las Políticas Públicas)*, Iustel, 2013.
- RUIZ OLABUENAGA, J. I. (dir.): *El sector no lucrativo en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2000.
- SABLIÈRE, P.: «Les servitudes sur le domaine public», *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, Paris, 1991.
- SÁINZ MORENO, F.: «Ejercicio privado de funciones públicas», *RAP*, n.ºs 100-102, 1983.
- SALA ARQUER, J. M.: *La liberalización del monopolio de petróleo en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- SALAMON, L. M.; ANHEIER, H. K. y otros: *La sociedad civil global. Las dimensiones del sector no lucrativo*. Proyecto de estudio comparativo del sector no lucrativo de la Universidad Johns Hopkins. Traducción de la Fundación BBVA, Madrid, 1999.

- SALAS, J.: *Régimen jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, 1977.
- SALAS MURILLO, S. DE: *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- SALINAS ALCEGA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La inscripción de los bienes públicos*, Fundación Registral, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- «Participación, neocorporativismo y Administración económica», *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- (Dir.): *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.): *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y MUÑOZ MACHADO, S.: *Prólogo a M. Hauriou*, obra escogida, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- SANZ RUBIALES, I. (dir.): *El mercado de derechos a contaminar. Régimen Jurídico-Público del mercado comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- SARMIENTO, D.: «La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 246 y ss.
- *El Soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Navarra, 2008.
- SAUCA CANO, J.: *La ciencia de la asociación de Tocqueville —presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*, CEC, Madrid, 1995.
- SCHINA, D.: *State aids under the EEC Treaty articles 92 to 94*, ESC Publishing Limited Oxford, Oxford, 1987.
- SCHREIBER: «The new approach to technical harmonisation and standards», en L. HURWITZ y C. LEQUESNE (eds.), *The State of European Community*, 1991.

- SIRAGUSA, M. y SUBIOTTO, R.: «Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1992.
- SEBASTIÁN, R. (coord.): *2009 Anuario Mercantil para Abogados. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.
- SELZNICK, P.: «Focusing Organizational Research on Regulation», en el libro de R. G. NOLL, *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley, 1985.
- SERNA BILBAO, M. N. DE LA: *La Privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de Servicio Público y la crisis del estado bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.
- SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.): *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, 2010.
- SFEZ, L.: *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1986.
- SLEEMAN, J. F.: *British public utilities*, Isaac Pitman and Sons, Ltd., London, 1953.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1993.
- SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los Servicios Públicos Locales*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- (Dir.): *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Pamplona, 1999.
- SOTELO, I.: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- STIGLITZ, J. E.: *El papel económico del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993.
- STIRN, B.: «La construction française (l'évolution juridique de la notion de service public industriel et commercial)», en el libro dirigido por Ch. STOFFAES, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPEurope, Paris, 1994.
- STOFFAES, Ch.: «Prólogo» al libro por él dirigido *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt general*, ASPEurope, Paris, 1994.
- «La régulation des réseaux aux États-Unis: enseignement pour L'Europe», *Revue des affaires Européennes*, n.º 2, 1994, LGDJ, dedicado a *Les services publics en Europe: entre monopole et concurrence*.

- STOLLEIS, M.: «Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial», *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993.
- STRIVENS, R.: «The Philip Morris Case: Share Acquisitions and Complainants Rights», *European Intellectual Property Review*, 1988.
- TARRÉS VIVES, M.: «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditinggesetz alemana», *RAP*, n.º 145, 1998.
- *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- TENA PIAZUELO, V.: *La Unidad de Mercado en el Estado Autonómico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- TESAURO, G. y D'ALBERTI, M.: *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- THIRION, N.: *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002.
- THYRY, B. y VANDAMME, J.: *Les entreprises publiques dans l'Union Européenne: entre concurrence et intérêt général*, A. Pendone, 1995.
- TIMSIT, G.: *Les entreprises du secteur public dans le pays de la Communauté Européenne (Actes du colloque tenu à l'Université de Paris I, les 9, 10, mai 1985)*, Bruxelles, 1987.
- TOCOQUEVILLE, A. DE: *Sur le paupérisme*, Allia, Paris, 1999.
- TORNOS MAS, J.: *Régimen Jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982.
- «Regulación de precios y tarifas», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537 y ss.
- TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA: *La intervención de los municipios en las Telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TRANTAFYLLOU, D.: «Service public et concurrence, déclin ou maintien des monopoles», *REDP*, vol. 7, n.º 4, invierno 1995.
- «Les règles de la concurrence et de l'activité étatique y compris les marchés publics», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 32 (1).
- TRILLO FIGUEROA, J.; MARTÍNEZ-CONDE, J. y LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996.
- TROCLET, L. E.: «Allocution de clôture», en AA. VV., *La Charte Sociale Européenne, Dix années d'application*, IEE, ULB, 1978.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- TRUBEK, L. G. y TRUBEK, D. M.: «La justice des tribunaux au service d'une société de justice: une manière nouvelle de considérer la défense des intérêts d'ordre général aux États-Unis», en M. CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la Justice et État-Providence*, Economica, 1984.
- UNGERER, H. y LIPPENS DE CERF, P.: «Le service universel, le service public et le réseau», *Communications & Strategies*, n.º 13, primer trimestre 1994.
- VALETTE, J. P.: *Droit des services publics*, Ellipses, Paris, 2006.
- VALLÉE, A.: «Union Européenne: l'échéance de 1998 entre libéralisation et service universel», *Communications & Strategies*, n.º 18, segundo trimestre 1995.
- VANDAMME, J.: «L'action des entreprises publiques dans l'économie des États (marchés publics, monopoles commerciaux, nationalisations et concept de "seguridad pública")», en el libro coordinado por J. DUTHEIL DE LA ROCHERE y J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone, Paris, 1988.
- VAN BAEL y BELLIS, J. F.: *Competition Law of the EEC*, Bruylant, 3.ª ed., 1994.
- VAN DER ESCH: «Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE», *CDE*, 1990, n.ºs 5-6.
- VAN GEHUCHTEN, P. P.: «La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE», en el libro coordinado por J. DUTHEIL DE LA ROCHERE y J. VANDAME, *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone, Paris, 1988.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: «Las relaciones entre la Administración Pública y el tercer sector, a propósito de la asistencia social en Italia», *RAP*, n.º 152, mayo-agosto 2000.
- «Los servicios atinentes a la persona en el Estado social», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 11, septiembre-diciembre 2000.
- *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Institut de Dret Public/Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, n.ºs 271-272, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-agosto 2005.
- VV.AA.: «L'entreprise publique et la concurrence. Les articles 90 et 37 du Traité CEE et leurs relations avec la concurrence», de varios autores, *Semaine de Bruges*, Bruges, 1969.
- VV.AA.: *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002.
- VÁSQUEZ FRANCO, G.: «La concesión administrativa de servicio público», *Derecho español y colombiano*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.



- VENIT, J. S.: «The merger control regulation: Europe comes of age... or Caliban's dinner», *Common Market Law Review*, 1990.
- VILA COSTA, B.: *El abuso de posición dominante en la CEE*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977.
- VILLAR EZCURRA, J. L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964.
- Voz «Concesiones administrativas», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix y La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.
- *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 2004.
- VILLAREJO GALENDE, H. (dir.): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el Comercio Europeo*, Comares, Granada, 2009.
- VOGEL, L.: *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, Paris, 1988.
- VOISSET, M.: «Le service public autrement (de quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux)», *RFDA*, n.º 5, 1995.
- WACHSMANN, A. y BERROD, F.: «Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, enero-marzo 1994.
- WAELEBROECK, D.: «L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE», *Cahiers de Droit Européen*, 1988.
- WAELEBROECK, M.: «La concurrence», en J. MEGRET, J. V. LOUIS, D. VIGNES y M. WAELEBROECK, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 4, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972.
- WAELEBROECK, M. y FRIGNANI, A.: *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998, 2 volúmenes.
- WEBER, A.: «Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial/Civitas, Madrid, 2000.

- WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif sur la Charte Sociale Européenne», en VV. AA., *La Charte Sociale Européenne. Dix années d'application*, IEE, ULN, 1978.
- WILSON, J. Q.: *The politics of Regulation*, Basic Books, New York, 1980.
- WINCKLER, A. y GERONDEAU, S.: «Etude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises», *Revue du Marché Commun*, n.º 339.
- WISH, R.: *Competition Law*, Butterworths, London, 1993.
- WRIGHT, V.: *Les privatisations en Europe. Programmes et problèmes*, Actes Sud, Poitiers, 1993.
- YACKLE, L.: *Regulatory Rights*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2007.
- YOLKA, Ph.: *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Paris, 1997.
- ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.): *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2009.
- ZEGARRA VALDIVIA, D.: *El Sector Público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005.



# ÍNDICE ANALÍTICO Y ONOMÁSTICO

## A

### **Abuso de posición dominante**

- Clases de abusos, 588.
- Decisiones Omnitel y Airtel, 593.
- Definición, 581.
- Extensión a nuevos negocios, 589 y ss.
- Mercado de referencia: de producto y geográfico, 585 y ss.
- Prácticas unilaterales, 582.
- Test de la posición de dominio, 584.

### **Acceso a redes, infraestructuras, instalaciones y servicios**

- Acceso y competencia, 673 y ss.
- Acuerdos y conflictos, 687.
- Conexión, 694.
- Deber de dar acceso, 680.
- Deber del titular: derecho del operador, 690.
- Doctrina de las instalaciones esenciales, 675 y ss.
- Instalaciones esenciales y competencia, 677 y ss.
- Interconexión, 688.
- Neutralidad, 683.
- Peajes, 692.
- Principios jurídicos a que se somete el acceso, 681.
- Sector energético, 684.
- Uso compartido de infraestructuras, 689.
- Utilización de infraestructuras por operados distintos de sus titulares, 671 y ss.

ACKERMAN, B. A., 66.

### **Administración pública y mercado**

- Actos administrativos contrarios a la competencia, 669 y ss.
- La doctrina de la «acción de Estado», 665 y ss.
- Reglas de mercado y actividad administrativa, 663.

### **Adquisición de bienes (por la Administración), 775 y ss.**

### **Afectación (dominio público), 769 y ss.**

### **Agencias reguladoras**

- Ejemplos en diferentes sectores económicos, 111 y ss.
- Especialidades organizativas, 109.
- Independencia, 108.
- Separación de los operadores, 110.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., 153, 156, 161, 162.

ANHEIER, H. K., 79.

ARGÜELLES, 837.

ARIÑO ORTIZ, G., 2, 226, 270.

ASCOLI, U., 84, 87.

### **Autorizaciones**

- Aplicación de los principios de proporcionalidad, predecibilidad y seguridad jurídica, 448 y ss.
- Autorizaciones generales y licencias individuales, 431 y ss.
- Concepción de Mayer, 423.
- Concepción de Ranalletti, 424.
- Creativas y declarativas, 427.

Crisis de las concepciones tradicionales, 426.  
 Directiva de servicios de 2006, 452 y ss.  
 Discrecionales y regladas, 428.  
 Discrecionalidad: límites, 450.  
 Duración, 481.  
 Incumplimiento de condiciones, 483.  
 Limitaciones al establecimiento de autorizaciones previas, 447 y ss.  
 Predeterminación normativa de las condiciones de autorización, 466.  
 Procedimiento: Principios, 476.  
 «Razones imperiosas de interés general», 470 y ss.  
 Régimen de las autorizaciones en el sector servicios, 452 y ss.  
 Régimen jurídico de las autorizaciones, 463 y ss.  
 Silencio positivo, 478.  
 Transformaciones de su régimen, 421 y ss.

### **Autorregulación**

Autogestión de riesgos, 73.  
 Complejidad técnica como fundamento, 71 y ss.  
 Derecho comunitario, 55.  
 Descentralización normativa: efectos, 67.  
 Ejemplos históricos, 56.  
 Expansión y diversificación, 57 y ss.  
 Globalización: efectos, 66.  
 Participación ciudadana, 64 y ss.  
 Régimen jurídico, 59.  
 Regulación de la autorregulación, 62.  
 Regulaciones públicas y autorregulación, 68 y ss.  
 Relaciones entre Administración y sociedad: cambios, 61 y ss.

### **Ayudas públicas**

Ayudas autorizables, 724.  
 Ayudas existentes y ayudas nuevas, 725 y ss.  
 Competencia de la CNC, 719.  
 Concepto, 720.  
 Excepciones a la prohibición, 723.  
 Recuperación, 727.  
 Separación de contabilidades, 728 y ss.  
 Tipos de ayudas, 721 y ss.  
 Tratados comunitarios, 718.

## **B**

BAGER, 92.  
 BAREA, J., 92.  
 BELLESCIZE, R. DE, 191.  
 BENOÎT, 3.

### **Bienes patrimoniales**

Ver *Bienes públicos y regulación*.

### **Bienes públicos y regulación**

Adquisición y enajenación, 775 y ss.  
 Afectación de los bienes, 769 y ss.  
 Bienes de dominio público y bienes patrimoniales, 758 y ss.  
 Desahucio administrativo, 815.  
 Deslinde, 809 y ss.  
 Determinación constitucional y legal de la demanialidad, 762 y ss.  
 Funciones y bienes fuera del comercio, 755 y ss.  
 Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, 817 y ss.  
 Investigación, 807 y ss.  
 Policía demanial, 824.  
 Protección y defensa, 796.  
 Recuperación posesoria, 813 y ss.  
 Registros, 802 y ss.  
 Servidumbres, 825.  
 Utilización de los bienes públicos, 786 y ss.

BIGOT, G., 615.  
 BLASCO ESTEVE, A., 893.  
 BONNARD, R., 25.  
 BOURDIEU, P., 205.  
 BOURJOL, 3.  
 BREYER, S., 50, B.  
 BUCHMAN, 49.  
 BURGI, M., 530.

## C

CARRÉ DE MALBERG, 17.  
 CARRILLO DONAIRE, J. A., 156, 162, 844.

### Certificación

Acreditación en materia de licencias municipales, 540 y ss.  
 Certificaciones de calidad, 536.  
 Colaboración privada, 530 y ss.  
 Ecoauditoría y gestión ambiental, 537.  
 Etiquetado ecológico, 539.  
 Régimen de las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas de certificación, control e inspección, 549 y ss.

CHEVALLIER, J., 20.  
 CHINCHILLA MARÍN, C., 230.  
 COASE, R., 45, 49.

### Comunicaciones previas y declaraciones responsables

Aplicaciones en la legislación, 493.  
 Concepto de comunicación previa, 491.  
 Concepto de declaración responsable, 490.  
 Control a posteriori, 499 y ss.  
 Libertad frente a seguridad, 488.  
 Límites de la eficacia, 497 y ss.  
 Preferencia sobre las autorizaciones, 485 y ss.  
 Régimen comunitario y en la LRJAP, 494 y ss.  
 Verificaciones, 503 y ss.

### Concentraciones

Competencia para su control, 589.  
 Procedimientos para la autorización, 600.  
 Regulación comunitaria, 597.  
 STJ *Continental Can*, 595.  
 STJ *Vat & Reynolds*, 596.  
 Valoración de sus efectos, 601.

### Conflictos (resolución de)

Ampliación de las competencias: conflictos concernientes al ejercicio de libertades, 565 y ss.  
 Arbitrajes administrativos, 557 y ss.  
 Carácter voluntario u obligatorio de los conflictos, 559 y ss.  
 Distinción entre arbitrajes y resolución de conflictos por los organismos reguladores, 562 y ss.  
 COSCULLUELA, L., 7.  
 CRUZ VILLAÇA, abogado general, 327.

## D

DARNACULLETA I GARDELLA, M., 765.

### Declaración de utilidad pública o de interés social (Expropiación forzosa), 852 y ss.

### Declaraciones responsables

Ver *Comunicaciones previas y declaraciones responsables*.

### Delimitación del contenido de los derechos

Contenido esencial, 382.  
 Demanialización de los derechos, 379.  
 Limitaciones, deberes y obligaciones, 384 y ss.  
 Regulación y privación del derecho, 376 y ss.  
 Sacrificio especial, 381.

DELVOLVÉ, P., 229.  
 DONCELOT, J., 19.  
 DOWNS, 49.  
 DUGUIT, L., 20, 21, 22, 23, 25.  
 DÜRIG, G., 364.  
 DURUPTY, M., 187.

## E

ELLIOT, 66.

### Empresas públicas

Acciones de oro, 623.  
 Concepto económico o funcional de empresa pública, 634 y ss.  
 Creación de empresas y competencia administrativa, 632.  
 Igualdad de condiciones financieras de empresas públicas y privadas, 644 y ss.  
 Influencia dominante, 639.  
 Iniciativa pública económica, 612.  
 Límites a la creación de empresas públicas, 616 y ss.  
 Límites territoriales, 633.  
 Monopolios, , 627.  
 Neutralidad de la Constitución y del Derecho comunitario sobre la propiedad pública o privada de las empresas, 612 y ss.  
 Principio de neutralidad, 620 y ss.  
 Régimen jurídico, 615.  
 Sometimiento a la libre competencia, 625.  
 Transparencia, 637.

### Enajenación de bienes por la Administración, 775 y ss.

ESPING-ANDERSEN, G., 84.  
 ESTEVE PARDO, J., 72, 156.

### Expropiación forzosa

Concepto, ámbito y manifestaciones, 837 y ss.

Criterios de valoración, 928 y ss.  
 Diferencia con la responsabilidad patrimonial, 835.  
 Diferencias con las ventas forzosas, 834 y ss.  
 Evolución legislativa, 837 y ss.  
 Expropiación y regulación, 829 y ss.  
 Expropiación urgente, 957 y ss.  
 Expropiaciones legislativas, 853 y ss.  
 Justiprecio, 903 y ss.  
 Limitaciones indemnizables, 832.  
 Pago y toma de posesión, 947 y ss.  
 Procedimiento expropiatorio general, 879 y ss.  
 Procedimientos especiales, 975 y ss.  
 Proporcionalidad, 833.  
 Retasaciones e indemnizaciones, 950 y ss.  
 Retratos administrativos, 848 y ss.  
 Reversión, 963.  
 Sacrificio especial, 831.  
 Singularidad, 831.  
 Sujetos de la potestad expropiatoria, 867 y ss.  
 Tanteos y retractos, 847.  
 Transferencias de propiedad o de otros derechos, 843.

### Expropiaciones legislativas

«Correspondiente indemnización», 856.  
 Declaración de utilidad pública o interés social, 862.  
 Expropiación y responsabilidad, 861.  
 Garantías judiciales, 858 y ss.  
 Objeciones de C. Schmitt, 853.  
 Principios constitucionales que vinculan el procedimiento a seguir, 857.  
 Problemas constitucionales, 855.

SSTC Rumasa, 854.

**Expropiaciones parciales**, 895 y ss.

**Expropiaciones urbanísticas**, 982 y ss.

**Expropiaciones urgentes**, 957 y ss.

GARCÍA LUENGO, J., 964.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., 917.

GARRIDO FALLA, F., 11, 217, 218.

GAUCHET, M., 358.

GEHUCHTEN, P. P. VAN, 620.

GERBER, 16.

## F

FARGION, 85.

FAVOREAU, L., 191.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., 709.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 3, 560, 917.

FERNANDO PABLO, M. M., 765.

### Financiación de los servicios de interés económico general

Afectación de la ayuda al servicio, 317.

Contabilidad analítica, 319.

Financiación, 308 y ss.

Financiación de la televisión, 309 y ss.

Sentencia *Altmark*, 318 y ss.

Transparencia y separación de contabilidades, 313 y ss.

### Formas de la actuación administrativa

Clasificación de Giannini, 5 y ss.

Clasificación de Jornada de Pozas, 2.

Clasificación de S. Romano, 4.

Estado regulador, 14 y ss.

Intercambiabilidad, 11 y ss.

La doctrina tradicional, 1 y ss.

FRIGNANI, A., 583.

## G

GAMERO CASADO, E. M., 737.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 3, 5, 7, 560, 820, 912, 917, 964.

### Gestión de los servicios públicos

Ampliación de los instrumentos de gestión, 286.

Arrendamiento, 285.

Concesión, 281 y ss.

Concierto, 286.

Consortios, 274.

Evolución de las formas de gestión, 271 y ss.

Fundación pública del servicio, 279.

Gestión directa e indirecta, 273.

Municipalizaciones, 276.

Organismo propio, 275 y ss.

Sociedad privada, 280.

GIANNINI, M. S., 5, 389, 425.

## H

HÄBERLE, 364.

HAURIOU, M., 18, 23, 760, 788.

HAYEK A. F., 47.

## I

IHERING, 16.

**Imprescriptibilidad**, 820 y ss.

**Inembargabilidad**, 822.

### Inspección

Afectación al fin de la información obtenida, 529.

Derecho a no autoinculparse, 522, 525.



Ejercicio de la inspección por los colaboradores privados, 530 y ss.  
 Habilitación para la inspección, 511 y ss.  
 Inviolabilidad de domicilio, 523, 524.  
 Obtención de documentos por las autoridades de la competencia, 514 y ss.  
 Obtención de información, 505 y ss.  
 Obtención de información en el sector energético, 521.  
 Potestad de inspección, 510 y ss.  
 Protección de datos y deber de secreto, 517 y ss.  
 Reclamación de documentación e información, 513 y ss.  
 Secreto profesional, 526, 527.  
 Secreto y responsabilidad, 528.  
 Ver **Certificación**.

#### **Intervenciones de empresas**

Aplicaciones en el sector del crédito y la banca, 741.  
 Cajas de ahorros, 747 y ss.  
 Distinción de la expropiación, 735.  
 Excepcionalidad y temporalidad, 736.  
 Intervención en la gestión, 740.  
 Régimen constitucional, 734 y ss.  
 Sector energético, 745.

ISENSEE, J., 193.  
 IZQUIERDO, 156, 162.

#### **J**

JELLINEK, 16.  
 JÉZE, G., 23, 25.  
 JORDANA DE POZAS, L., 1, 2, 3, 6, 8.  
 JULIÁ, J. F., 92, B.

#### **Justiprecio (expropiación forzosa)**

Criterios para la valoración, 928 y ss.

Determinación del precio por mutuo acuerdo, 918.  
 Excepciones a la regla del previo pago, 907.  
 Hojas de aprecio, 938 y ss.  
 Jurado de Expropiación, 940 y ss.  
 La regla del previo pago, 903 y ss.  
 Premio de afección, 932.  
 Procedimiento para su fijación, 938 y ss.  
 Prueba del valor, 946.  
 Revisión de la decisión del Jurado, 945.  
 Significación jurídica del justo precio, 924 y ss.  
 Valor real, de sustitución, 924 y ss.

#### **K**

KIRCHOFF, P., 193.  
 KNOLLS, A., 193.  
 KOVAR, R., 205, 295, 331.

#### **L**

LABAND, P., 16.  
 LITTLECHILD, S. C., 263.  
 LÓPEZ MENUDO, F., 489.

#### **M**

MALARET I GARCÍA, E., 153.  
 MARSHALL, T. H., juez, 356, 357.  
 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., 2, 11, 219, 224.  
 MAYER, O., 3, 386, 423, 424, 427, 788.  
 MAYRAS, abogado general, 299, 325.  
 MILLÁN, 66.  
 MONZÓN, J. L., 92, B.  
 MUSGRAVE, R., 38.

#### **N**

NEBREA, M., 704.  
 NISKANEN, 49.  
 NIXON, 121.

**Normalización**

- Articulación entre regulaciones públicas y normas técnicas privadas: remisiones, 156 y ss.
- Conducta y buenas prácticas, 151.
- Ecoauditorías, 149.
- Elaboración de las normas, 145 y ss.
- EMAS, 148 y ss.
- «Exigencias imperativas», 138.
- Normas internacionales, 134 y ss.
- Normas obligatorias y voluntarias, 141, 152 y ss.
- Normas técnicas, 130.
- Obligatoriedad «difusa» y «fáctica», 153 y ss.
- Organismos estatales de normalización, 143 y ss.
- Organismos europeos de normalización, 140.
- Organismos privados, 133.
- Políticas comunitarias de armonización, 136.
- Sector de telecomunicaciones, 150.
- Seguridad, calidad y medio ambiente, 129.
- STJ *Cassis de Dijon*, 139.

**O**

- OJEDA MARÍN, A., 737.
- OLSON, 49.
- OPPENHEIMER, 92.
- OSSENBÜHL, F., 161.

**P**

- PARADA VÁZQUEZ, J. R., 2, 6, 104, 427, 558, 614, 858, 917.
- PAREJO ALFONSO, L., 614, 737, 760.
- PAVOLINI, E., 84, 85.
- PIGOU, 45.
- PHILIP, P., 191.

**Policía (actividad de):**

- De orden público, 18.

- Doctrina alemana, 16.
- Poder de policía, 16.
- Policías especiales, 19.
- Soberanía en Francia, 17.

**Potestad de regulación (manifestaciones)**

- Características de las técnicas regulatorias, 95.
- Deberes y obligaciones, 103.
- Delimitaciones y limitaciones de derechos, 101.
- La titularidad de los servicios públicos, 96 y ss.
- Privaciones, 106.
- Regulación de empresas y mercados, 105.
- Reservas de bienes y actividades, 99.
- Resolución de conflictos, 104.
- Tipología, 94.
- Potestades de regulación: contenido y régimen jurídico, 94 y ss.
- Autovinculación, 170.
- Buenas prácticas, 167.
- Características, 107.
- Contribución privada a la regulación, 129 y ss.
- Control de la discrecionalidad, 168 y ss.
- Control, 165 y ss.
- Ejercicio de las potestades, 165 y ss.
- Organización administrativa, 108 y ss.
- Predecibilidad, 166.
- Razonabilidad y proporcionalidad, 171.
- Reserva de ley, 165.
- Transparencia de los procedimientos, 118 y ss.
- Ver **Regulación de los derechos, Regulación de los servicios de interés general, Regulación de empresas y mercados.**

**Prácticas colusorias**

- Acuerdos, 576.
- Asociaciones de empresas, 577.
- Prácticas concertadas, 578.
- Prácticas prohibidas, 575.
- Test del carácter colusorio de una práctica, 580.

PRIETO LACAZI, 81.

**Procedimiento expropiatorio general**

- Declaración de necesidad de ocupación, 883 y ss.
- Determinación del justiprecio, 903 y ss.
- Expropiaciones parciales, 895 y ss.
- Garantías procedimentales, 879.
- Impugnación de la necesidad de ocupación, 890 y ss.
- Pago y toma de posesión, 947 y ss.
- Requisas, 881.
- Retasaciones e indemnizaciones, 950 y ss.
- Vía de hecho, 880.

**Procedimientos expropiatorios especiales, 975 y ss.****Procedimientos en materia de competencia**

- En Derecho comunitario, 602 y ss.
- En Derecho español, 611 y ss.

**Protección y defensa de los bienes públicos**

- Desahucio administrativo, 815.
- Deslinde, 809 y ss.
- Inventarios, 797 y ss.
- Investigación, 805 y ss.
- Recuperación posesoria, 813 y ss.
- Registros, 802 y ss.

**Q**

QUADRA-SALCEDO, T. DE LA, 230.

**R**

RANELLETTI, O. 424, 427, 428.

**Régimen estatutario de los derechos**

- De la libertad de empresa, 411 y ss.
- De la propiedad privada, 396 y ss.

REGOURD, S., 229.

**Regulación**

- Desarrollo de la ideología de la regulación, 26 y ss.
- Estado garante, 30 y ss.
- Nuevo papel del Estado, 28 y ss.
- Objetivos de la función regulatoria, 31.
- Ver *Potestad de regulación (manifestaciones)*, *Potestades de regulación: contenido y régimen jurídico*, *Regulación de los derechos*, *Regulación de empresas y mercados*.

**Regulación de empresas y mercados**

- Abuso de posición dominante, 581 y ss.
- Concentraciones, 594 y ss.
- Empresas públicas, 612 y ss.
- Intervenciones de empresas, 734 y ss.
- Organización de la defensa de la competencia, 571.
- Prácticas colusorias, 575 y ss.
- Procedimientos en materia de competencia, 602 y ss.
- Regulación y competencia, 568 y ss.
- Regulaciones para asegurar la competencia en igualdad de condiciones, 671.
- Separación de actividades y contabilidades, 696 y ss.

Subvenciones y ayudas públicas, 707 y ss.

Ver *Prácticas colusorias, Abuso de posición dominante, Concentraciones, Procedimientos en materia de competencia, Empresas públicas, Acceso a redes, infraestructuras, instalaciones y servicios, Separación de actividades y contabilidades, Subvenciones y ayudas públicas, Intervenciones de empresas.*

### Regulación de los derechos

Clasificación de los derechos en la CE, 361.

Definición del contenido de los derechos, 376 y ss.

Función social, 367 y ss.

Marco constitucional, 366.

Régimen estatutario de los derechos, 395 y ss.

Reserva de ley y potestades administrativas, 367.

Tres generaciones de derechos, 356 y ss.

Unificación del régimen jurídico, 365.

Vertiente objetiva, 364.

Ver *Delimitación del contenido de los derechos, Régimen estatutario de los derechos.*

### Regulación de los servicios de interés general

Ver *Servicio público (diversificación de los conceptos), Servicios públicos de titularidad pública, Servicios de interés económico general, Servicios de interés general, Servicio universal.*

### Regulación económica

Competencia excesiva, 54.

Competencia imperfecta, 42.

Concepto, 36.

Concurrencia del Estado regulador y del Estado gestor, 33 y ss.

Conductas anticompetitivas, 43.

Control de beneficios, 51.

Control de monopolios, 50.

Externalidades, 45.

Funciones públicas por naturaleza, 39 y ss.

Fundamentos, 38 y ss.

Incremento de costes, 52.

Información imperfecta, 44.

Información, 53.

Mercados incompletos, 46.

Monopolios, 41.

*Public choice*, 49.

Teoría del interés privado, 48.

Teoría del interés público, 47.

### Regulación en el sector social

Ver *Tercer Sector.*

### Regulación y competencia

Concurrencia de regulación y competencia, 569.

Coordinación entre autoridades de la competencia y reguladores, 570.

Fallos de mercado y regulación, 568.

### Regulación y expropiación, 829 y ss.

### Regulación (procedimientos)

Acceso a los archivos y registros, 128.

Derechos de información, 127.

Transparencia, 118 y ss.

### Reguladores

Ver *Agencias reguladoras.*

**Reserva al sector público de servicios esenciales**

Artículo 128.2 CE, 215.

Esencialidad: concepto, 216, 219 y ss.

Límites a las reservas, 226 y ss.

Monopolizados o en concurrencia, 217 y ss.

Reservas de servicios locales, 223.

**Retasaciones e indemnizaciones**

Expropiaciones urbanísticas: especialidades, 955.

Requisitos y procedimiento de la retasación, 954.

Supuestos indemnizatorios por demora, 951 y ss.

**Retratos forestales, 848 y ss.****Reversión (expropiación forzosa)**

¿Derecho constitucional o legal?, 964.

Ejercicio del Derecho, 971.

Excepciones, 967 y ss.

Legislación del suelo, 970 y ss.

Naturaleza y justificación del derecho, 962.

Supuestos, 966.

RIVERO, J., 187.

ROLAND, L., 25.

ROLLAND, L., 234.

ROMANO, S., 4, 5, 7.

RUBIO LORENTE, 858.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., 623, 624.

RUIZ OLABUENAGA, J. I., 79.

**S**

SALAMON, L. M., 79.

SANDULLI, A. M., 425, 427.

SANTAMARÍA J. A., 7.

SAZ, S. DEL, 614.

SCHMITT, C., 853, 860.

SCHOLZ, 364.

SELZNICK, P., 36.

**Separación de actividades y contabilidades**

Independencia de los gestores, 702.

Infraestructuras de red, 696.

Monopolios naturales y competencia, 697.

Sector eléctrico, 701 y ss.

Separación contable, 698.

Separación de propiedad, 699.

Separación funcional, 700.

**Servicio público (diversificación de los conceptos)**

Conceptos de servicio público, servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicios sociales de interés general, servicios no económicos de interés general, servicio universal, misiones de servicio público, 172 y ss.

**Servicio público (ideología del)**

Doctrina de Duguit, 20 y ss.

Doctrina de M. Hauriou, 22 y ss.

Escuela del servicio público, 24 y ss.

**Servicio universal**

Carácter dinámico y evolutivo, 346.

Definición, 345.

Designación del operador, 352.

Financiación, 353.

Obligaciones de servicio público de los operadores privados en diversos sectores económicos, 342 y ss.

Regulaciones comunitarias, 349.

- Sector de las telecomunicaciones, 348 y ss.
- Servicios de autoridad**, 323 y ss.
- Servicios de interés económico general**
- Afectación de la ayuda al servicio, 317.
  - Aplicación de las reglas de competencia, 296.
  - Atribución formal de las misiones de servicio público, 302 y ss.
  - Conceptos, 290 y ss.
  - Contabilidad analítica, 319.
  - Control judicial, 297 y ss.
  - Diversidad en los Estados miembros, 289.
  - Financiación de la televisión, 309 y ss.
  - Financiación, 308 y ss.
  - Misiones otorgadas por actos de autoridad pública, 299 y ss.
  - Regulación en los tratados comunitarios, 288.
  - Sentencia *Altmark*, 318 y ss.
  - Sentencias *Corbeau* y *Almelo*, 305 y ss.
  - Servicios económicos y libertad de empresa, 292 y ss.
  - Transparencia y separación de contabilidades, 313 y ss.
- Servicios de interés general**
- Prestados en régimen de competencia, 322.
  - Servicios de interés general no económicos, 323 y ss.
  - Ver **Servicios de autoridad**, **Servicios de solidaridad**.
- Servicios de solidaridad**, 332 y ss.
- Servicios públicos de titularidad pública**
- Compatibilidad con el Derecho comunitario, 200 y ss.
  - Evolución de la normativa comunitaria europea, 204 y ss.
  - Formas de gestión, 271 y ss.
  - Límites a las reservas al sector público, 226 y ss.
  - Los usuarios de los servicios públicos, 237 y ss.
  - Pervivencia, 183.
  - Reformas de los tratados, 210 y ss.
  - Régimen jurídico de los servicios de titularidad pública, 233 y ss.
  - Reserva al sector público de servicios esenciales, 215 y ss.
  - Reservas en Alemania, 193.
  - Servicios constitucionales en España, 195 y ss.
  - Servicios públicos constitucionales: en Francia, 185 y ss.
  - Tasas y tarifas, 246 y ss.
  - Ver **Gestión de los servicios públicos**, **Reserva al sector público de servicios esenciales**, **Usuarios de los servicios públicos (derechos y obligaciones)**.
- Servidumbres administrativas**, 825 y ss.
- SFEZ, L., 22.
- STERN, K., 364.
- STEWART, R., 49.
- STIEGLER, 49.
- STIGLITZ, J. E., 48, 80.
- STOFFAES, CH., 206.
- Subvenciones y ayudas públicas**
- Cargas del beneficiario, 709.
  - Concepto de subvención, 708.
  - Nulidad, 716.

Procedimiento, 715.  
 Regulación estatal de las subvenciones, 707.  
 Relación jurídica subvencional, 711 y ss.  
 Ver **Ayudas públicas**.

### **Sujetos del procedimiento expropiatorio**

Beneficiario, 870 y ss.  
 Expropiado, 873 y ss.  
 Expropiante, 868 y ss.

SUTHERLAND, juez, 95.

## **T**

### **Tasas y tarifas**

Autosuficiencia, 267 y ss.  
 Carácter tributario de las tasas, 246.  
 Evolución de la jurisprudencia y la legislación en la materia: crítica, 249.  
 Orientación a costes, 263 y ss.  
 Precios y peajes, 256 y ss.  
 Tarifas de servicios en competencia, 253.  
 Tasa de retorno, 260.

### **Tercer sector**

Acción pública en los sectores sociales, 74 y ss.  
 Adaptación al mercado, 92.  
 Concepto, 77 y ss.  
 Desarrollo exponencial del tercer sector, 79 y ss.  
 Economía social, 91.  
 Equidistancia entre mercado y Estado, 86 y ss.

Gestión de servicios sociales por el tercer sector, 88 y ss.  
 Modelos de estado de bienestar, 84.  
 Revolución asociativa, 80 y ss.  
*Welfare mix*, 85 y ss.

## **U**

### **Usuarios de los servicios públicos (derechos y obligaciones)**

Deberes, 243.  
 Derecho al establecimiento del servicio, 237 y ss.  
 Derecho al uso y disfrute, 239.  
 Igualdad, 240 y ss.  
 Participación, 244.  
 Ver **Tasas y tarifas**.

### **Utilización de los bienes públicos**

Concesiones y autorizaciones, 792 y ss.  
 Normal y anormal, 789.  
 Reservas demaniales, 791.  
 Título habilitante, 786.  
 Uso común y uso privativo, 787.  
 Utilización por la Administración, 790.

## **V**

VEDEL, G., 21, 615.  
 VILLAR PALASÍ, J. L., 2, 11, 217.  
 VILLAR ROJAS, F. J., 682.  
 VIRALLY, 187.

## **W**

WÆLBROECK, M., 583, B.







Santiago Muñoz Machado, uno de los más reputados juristas españoles, lleva a cabo una nueva presentación de la obra que constituye todo un clásico en la bibliografía de nuestro derecho administrativo y constitucional desde hace quince años.

En los nuevos tomos que integran la obra el autor, además de algunos cambios en la disposición de los materiales, ha llevado a cabo una corrección minuciosa de los textos y ha tenido en consideración, en la versión final, todas las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales relevantes sobre los asuntos objeto de estudio que se han manifestado en el último lustro.

El autor ha acometido esta gran labor desde la perspectiva de que, en nuestro país, los principios tradicionales que han marcado el derecho público han sido progresivamente desplazados por otros principios, reglas de comportamiento e instrumentos: descentralización, fragmentación de la ley y del ordenamiento jurídico, europeización y globalización, mercado libre junto con regulación económica, aparición de una nueva gama de derechos de los ciudadanos y consolidación de un cambio radical en las relaciones entre el Estado y la sociedad.

