MODALIDADES DE ACCION ADMINISTRATIVA

Heterogeneidad de la actuación administrativa *material* o *competencial*: urbanismo, infraestructuras, subvenciones, educación, sanidad, energía, mercados financieros, gestión de bienes públicos, tráfico y seguridad vial…

Cláusula del *Estado Social*, principios rectores de la política social y económica (arts. 39 ss. CE78: mandatos a los poderes públicos) + Reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (128 CE78) + Libertad personal –y de empresa- (1, 38 CE78)

ss. XIX-XX: POLICIA - FOMENTO - SERVICIO PUBLICO (Villar Palasí: intercambiabilidad de las técnicas de intervención, pero la elección del Legislador debe ser proporcionada para ser constitucionalmente aceptable, en aras de la seguridad jurídica y del pleno control judicial).

Tensiones: Europeización (3 TCE) + globalización = privatización + liberalización (desadministrativización/neopolicía).

Desadministrativización/neopolicía: relajación de la intervención administrativa para el ejercicio de ciertas actividades empresariales y profesionales, y consecuente reforzamiento de la actividad administrativa inspectora de cumplimiento de la regulación. Leyes "Paraguas" 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* y "Omnibus" 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley "Paraguas" (transposición de la "Directiva de servicios" (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, *relativa a los servicios en el mercado interior*): regímenes sectoriales de autorización *previa* excepcionales y no discriminatorios, proporcionales y justificados por razones imperiosas de interés general, suficientemente motivados en la ley sectorial… Procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones sectoriales (de) carácter reglado, claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y (dados) a conocer con antelación… limitación del número de autorizaciones sólo cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos.

s. XXI: NEOPOLICIA - FOMENTO - SERVICIO DE INTERÉS GENERAL

1. POLICÍA: ordenación, limitación, condicionamiento y control de la actividad privada. Las Administraciones públicas intervienen, condicionando –*limitando*- la actividad de los ciudadanos y entidades.

Concepto: sentido estricto (Fuerzas y Cuerpos Seguridad, Seguridad privada, protección civil) y sentido amplio: fórmulas para el condicionamiento del ejercicio de intereses y derechos subjetivos privados.

Modalidades:

1. Ordenanzas y bandos;
2. Información, identificación y registro (inscripción en el padrón municipal, obligatoriedad del DNI, etc.);
3. Ordenes individuales, mandatos de ejecución y prohibiciones;
4. Potestad inspectora;
5. Potestad sancionadora;
6. Potestad de intervención administrativa=sometimiento a título habilitante:

   A) AUTORIZACION (licencia o permiso, típica institución policial): "cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio". Presupone la existencia de un derecho o interés previo a la intervención administrativa y

supone la remoción de obstáculos jurídicos para su ejercicio, tras un control previo de adecuación a la normativa por parte de la Administración. *Crisis de la institución:* utilización como instrumento al servicio de políticas económicas concretas (industriales, comerciales, de transportes, etc.), diseñadas para orientar y modelar la realidad existente, encauzando sectores enteros de actividad para lograr unos objetivos expresa o tácitamente definidos por las normas aplicables. Autorización = partida contable, garantía de cuota de mercado, protección *de facto* frente a la aparición de nuevos competidores.

a) Regladas/discrecionales (en función de la amplitud gradual del margen de decisión administrativa en su otorgamiento): estrictamente regladas (automáticas o inmediatas desde la Ley, principio de intervención mínima: *inscripciones registrales, verificaciones*): Ley de Hidrocarburos de 1998 (mercado de productos petrolíferos y al suministro de gases combustibles mediante canalización), art. 42 Ley del servicio postal universal de 2010 (ejercicio de actividades postales en el ámbito del servicio postal universal), arts. 37 y 44 Ley del Sector Ferroviario de 2003 (establecimiento o explotación de una infraestructura ferroviaria de titularidad privada que discurra por el territorio > 1 CA; prestación del servicio de transporte ferroviario de viajeros y de mercancías; art. 51 Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 (actividades distintas del servicio público de transportes regulares de viajeros por carretera, "siempre que no se dé alguna de las causas de restricción o limitación determinadas legalmente"); pretendidamente regladas: arts. 40.1.3 (construcción, modificación, explotación y transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica: la autorización puede ser denegada cuando "*la empresa no garantice la capacidad técnica necesaria para acometer la actividad propuesta, o cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema"*) y 21, 28 Ley del Sector Eléctrico de 1997 (construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica "condicionado a la previa autorización del punto de conexión a las redes de transporte o distribución", a cuyos efectos cabe incluir "límites a la capacidad de conexión por zonas o por nudos"); y discrecionales: Ley General de la Comunicación Audiovisual de 2010, sistema de concurso para el otorgamiento de licencias (+ concesiones de dominio público radioeléctrico) para la explotación de servicios de comunicación audiovisual por ondas hertzianas).

b) Simples (de control)/Operativas (de funcionamiento o programación): licencia de actividad clasificada, autorización ambiental integrada, autorización de vertido;

c) Temporales/indefinidas: permiso de conducción;

d) Condicionadas/incondicionadas;

e) Modificables/inmodificables;

B) COMUNICACION PREVIA (nuevo art. 71 bis LAP): documento mediante el cual un interesado pone en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración (ej., art. 194.2 LALA y Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora de actuaciones urbanísticas comunicadas de 31 de marzo de 2000; Ley de Telecomunicaciones de 2003: notificación a la CMT para la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas)

C) DECLARACION RESPONSABLE (nuevo art. 71 bis LAP): documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento o ejercicio de un derecho, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el

periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración

2. Fomento: estímulos positivos a ciudadanos o entidades que satisfacen fines "interesantes" para la colectividad, o de interés general. Medidas de carácter organizativo, servicial y ordenancista (STC 90/1992, de 11 de junio).

Modalidades: ej., arts. 176 197 REBASO. Intercambiables y posiblemente simultáneas.

a) Honorífico (premios, títulos o diplomas, reconocimientos), posible valor económico, carácter administrativo discrecional o político; ej.: Decreto 53/2004, de 9 de marzo, *del Gobierno de Aragón, por el que se regula el Premio «Medio Ambiente de Aragón» a las acciones en favor del medio ambiente*; Decreto 295/2005, de 13 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan las declaraciones de interés turístico de Aragón.

b) Jurídico (ej.: beneficiario de la expropiación, adjudicatario de VPO);

c) Económico o patrimonial:

- beneficios fiscales (normativa tributaria)
- créditos a interés privilegiado (normativa financiera, *Instituto de Crédito Oficial*)
- cesión gratuita de bienes a entidades de interés social (art. 145 Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas de 2003)
- Participación pública en el capital social de una sociedad privada (DECRETO 234/2005, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la participación en el capital de la empresa Desarrollos Eólicos Rabosera, S.A.U., mediante la adquisición de 30 acciones por un importe total de 371.850 euros; Decreto 190/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la participación de la CAAr en la sociedad «Sistemas Energéticos Abadía, S. A. U.», mediante la adquisición de 30 acciones representativas del capital, por importe de 3.000 euros, Decreto 49/2004, 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se presta aval a «Real Zaragoza, SAD», en garantía de la operación de préstamo concertada con (Ibercaja, CAI y CAJALóN), de acuerdo con lo establecido en la Ley 25/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la CAAr para el año 2004).
- Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre, *General de Subvenciones*): beneficios económicos directos, "disposición dineraria de la Administración a favor de un beneficiario, realizada sin contraprestación directa de éste, condicionada al cumplimiento de un determinado objetivo, proyecto o actividad que se considera de utilidad pública o interés social". Procedimiento de otorgamiento por concurrencia competitiva, excepcionalmente de forma directa (art. 22). Sometimiento del procedimiento a bases reguladoras. El problema de las ayudas de Estado (proscritas por los arts. 81-89 TCE), presumiblemente vulneradoras de la libre competencia.

d) Fomento "negativo": medidas disuasorias (premios y ayudas por "cese" de actividades: barbecho agroambiental, retirada de tierras de cultivo, arranque de viñas…).

3. Actividad prestacional (antes "servicio público"). ORIGEN DE LA NOCIÓN de servicio público: Derecho francés, a finales del siglo XIX: Criterio definidor de algunas actividades de las Administraciones y delimitador de la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa.

Sentido amplio: todo tipo de actividad administrativa (art. 106 CE y 139 y ss. LAP);

Sentido estricto: actividad prestacional de carácter económico y titularidad pública, reservada a una Administración pública, prestada con carácter regular y continuo (normalmente, en régimen de monopolio), para satisfacer necesidades colectivas, indispensables o esenciales ("de interés general"), con sometimiento a un régimen jurídico exorbitante (Derecho administrativo).

PERO evolución hacia el concepto comunitario de "servicios de interés general": art. 86.2 TCE, "Directiva servicios" o "Directiva Bolkenstein" (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, *relativa a los servicios en el mercado interior*, y jurisprudencia del TJCE): <<Conviene que lo dispuesto en la Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución... Los servicios de interés general no están cubiertos por la definición del artículo 50 del Tratado, por lo que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los servicios de interés económico general son servicios que se realizan por una contrapartida económica, por lo que entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva... los servicios sólo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado... Los servicios de interés económico general tienen confiadas importantes tareas relacionadas con la cohesión social y territorial>>.

Servicios excluidos de la plena liberalización y apertura: servicios no económicos de interés general (*¿educación*?); servicios públicos de transporte ferroviario, carretero y acuático (⊂ servicios portuarios); servicios sanitarios; servicios audiovisuales (⊂ radiodifusión y cine); servicios sociales (vivienda social, atención a los niños y apoyo a necesitados); servicios de seguridad privada; y servicios de interés económico general (vg. servicios postales, del sector eléctrico, del sector del gas, de distribución y suministro de agua y tratamiento de aguas residuales, de tratamiento de residuos).

Marco constitucional: "mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales" (128.2 CE78): *publicatio* sometida a reserva legal.

Modalidades:

a) Servicios públicos "no económicos": sanidad, educación, acción social y atención a la dependencia -teleasistencia, ayuda domiciliaria, centros de día y de noche y atención residencial-. seguridad pública (LO 2/1986, de 13 de marzo, *de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad*).

b) Servicios públicos de titularidad pública, monopolizados o reservados:

   - ámbito *local* (86.3 LRBRL, 44 y 199 LALA, 205 ss. REBASO): abastecimiento y depuración de aguas, recogida y tratamiento de residuos urbanos, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros.

   - ámbito *autonómico*, ej.: art. 36 Ley 26/2003, de 30 de diciembre, "de acompañamiento a los presupuestos para 2004", declara como servicio público de titularidad autonómica una serie de actividades de gestión de residuos en Aragón: eliminación y valorización de escombros que no procedan de obras menores de construcción y reparación domiciliaria, eliminación de residuos industriales no peligrosos no susceptibles de valorización, valorización y eliminación de NFUs, eliminación de residuos peligrosos.

   - ámbito *estatal:* transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general (69 Ley de Ordenación de los transportes terrestres de 1987).

   Formas de prestación:

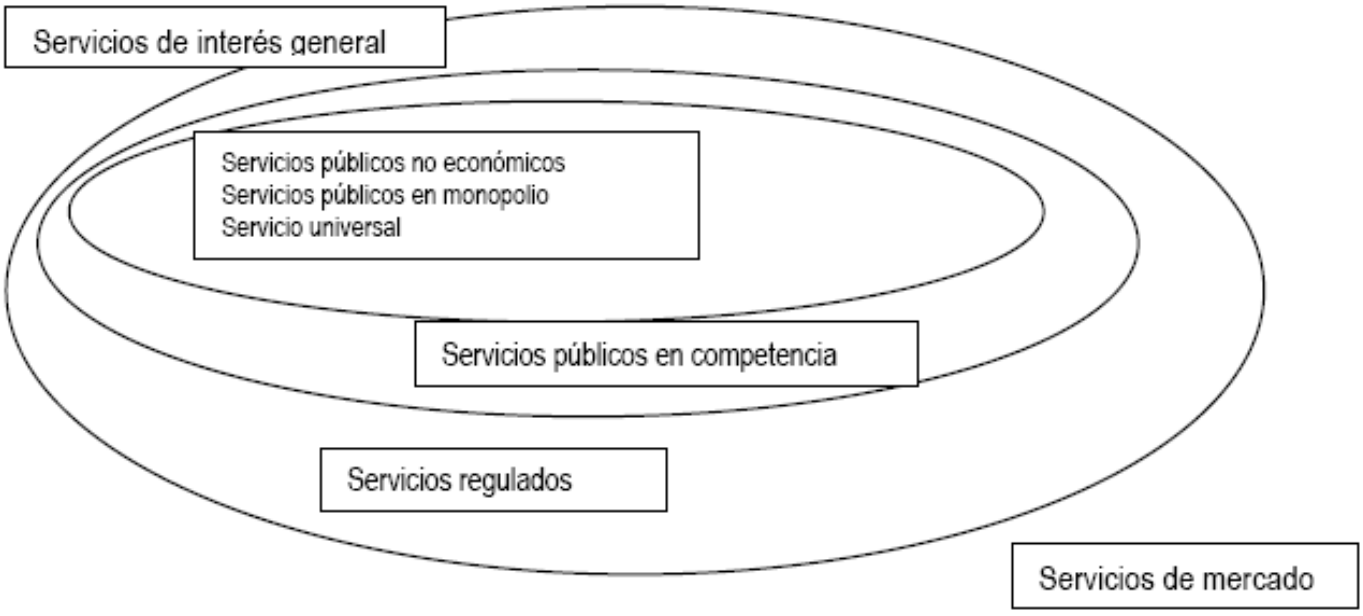
   1. *Directa* (servicios propios, organismo público, encomienda de gestión a una entidad pública o sociedad de capital *íntegramente* público);

   2. *Indirecta* (contrato de gestión de servicios públicos: 8 y 251-265 LCSP: concesión, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta), la gestión es privada o compartidas entre la Administración y el sector privado;

c) Servicios públicos de titularidad pública prestados en competencia con servicios privados: radiodifusión sonora y TDT (Ley de la radio y TV de titularidad estatal de 2006 y art. 40 ss. Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010). Servicios de seguridad privada excepcionalmente autorizables, ex Ley de Seguridad privada de 1992.

d) Servicios de interés general reservados a "operadores dominantes": algunas prestaciones "esenciales" de antiguos servicios públicos privatizados y liberalizados protegidos de la libre competencia (en ellos se mantienen, como herencia de su etapa como servicios públicos, las figuras originarias del Derecho de la UE homologables al mismo: "servicio universal" y "obligaciones de servicio público"): servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal (20 y 21 de la Ley *del Servicio Postal Universal* de 2010: cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte ≤ 2 kg, paquetes postales ≤ 20 kg, servicios de certificado y valor declarado y envíos por "procedimiento administrativo"), reservados al operador "dominante", Correos y Telégrafos, S.A.; servicios de transporte ferroviario declarados "de interés público" *ex* art. 53 Ley del Sector Ferroviario de 2003), suministro de energía eléctrica a tarifas de último recurso (art. 10.1 Ley del Sector Eléctrico de 1997); servicios de telecomunicaciones incluidos en el ámbito del servicio universal (art. 22: servicio telefonía fija que permita comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, guía de números de abonados anual y servicio de información general sobre números de abonados, oferta suficiente de teléfonos públicos de pago y oferta suficiente de equipos terminales de acceso a Internet de banda ancha).

e) Servicios de interés general (servicios "regulados"): algunas prestaciones de antiguos servicios públicos privatizados y liberalizados, prestados en régimen de libre competencia al amparo de licencias de signo diverso: telecomunicaciones (LGTc de 2003), energía (Ley del Sector Eléctrico de 1997), carburantes (Ley de Hidrocarburos de 1998), correos (excepto los incluidos en el servicio universal, *ex* Ley del Servicio postal universal de 2010), transporte ferroviario (excepto los declarados "de interés público" *ex* art. 53 Ley del Sector Ferroviario de 2003), transportes por carretera distintos del "servicio público" (transportes privados, públicos discrecionales, de mercancías… *ex* Ley de Ordenación de los transportes terrestres de 1987)…



4. Actividad económica o empresarial: partiendo del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (128 CE 78, 86 LRBRL): actividades de contenido económico, industrial, comercial o de servicios, desarrolladas en régimen de libre competencia.

Régimen clásico: "Monopolios fiscales" (comercio de tabacos, hoy liberalizado a nivel mayorista).

Modalidades: "Sector público empresarial": subconjunto del sector público distinto del "administrativo": arts. 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, *General Presupuestaria* (que sólo regula el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público *estatal*, habiendo a su vez autonómicos y locales: ej. 198 a 204 REBASO).

a) Entidades públicas empresariales comerciales o industriales (arts. 53 y siguientes LOFAGE): lo son si cumplen alguna de las dos condiciones: su dedicación principal es producir bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo en régimen de mercado; o sus ingresos comerciales (ingresos de cualquier naturaleza obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios), en caso de haberlos, son mayoritarios en su financiación.

b) Sociedades mercantiles públicas (sector público empresarial):

I. Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de Derecho público: suprime el Instituto Nacional de Industria y el Instituto Nacional de Hidrocarburos y crea la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI, ***holding*** estatal está compuesto por 23 empresas participadas mayoritariamente, sobre todo PYMEs en los ámbitos de la minería, construcción naval, comunicación, energía, distribución alimentaria, gestión de infraestructuras, tabaco, promoción empresarial, gestión medioambiental y servicios. La plantilla total ronda los 25.000 empleados). SEPI tiene participaciones indirectas en más de 100 sociedades y participación minoritaria en otras 9:

1. Empresas que prestan exclusiva o parcialmente un servicio público: TRAGSA, EFE, MERCASA, SAECA y SEDETTUR.
2. Empresas de promoción y desarrollo: SEPIDES, INFOINVEST e INIEXPORT
3. Empresas que operan en sectores abiertos y competitivos: CETARSA, ENSA, ENUSA, HIPÓDROMO DE LA ZARZUELA y NAVANTIA.
4. Empresas sometidas a grandes planes de reconversión: HUNOSA , MAYASA, PRESUR y BWE.
5. Empresas en proceso de liquidación ordenada: IZAR, AESA, COFIVACASA, ADARO, SODIAN, ALICESA.
6. Otros ámbitos de actuación: Corporación RTVE, Fundación SEPI y Fundación de Servicios Laborales. SEPI mantiene participaciones minoritarias en otras compañías cotizadas en Bolsa (5,46% de EADS; 20% de REE, 5,22% de IBERIA y 2,95% de ENDESA) y no cotizadas en Bolsa: HISPASAT (7,4%), EXPANSIÓN EXTERIOR (11,87%) y ENRESA (20%).

II. La "acción de oro": régimen de autorización administrativa previa a la realización de determinados acuerdos sociales, entre los que se incluía singularmente la enajenación a terceros de porciones significativas del capital social de las empresas privatizadas: instaurado por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, fue sancionado por el TJCE (STJCE de 13 de Mayo de 2003: afirmó la legitimidad de cierta influencia estatal en empresas privatizadas en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general como límite a la libre circulación de capitales mediante una normativa nacional, PERO exigió que ésta respondiese a razones imperiosas de interés nacional y que fuese proporcionada alcanzar el objetivo perseguido). La Ley 13/2006, de 26 de mayo, derogó el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas de la Ley 5/1995, de 23 de marzo. La *acción de oro* ya sólo estaba presente en ENDESA y TELEFONICA y tenía fecha de caducidad. Sin embargo, el Gobierno aún conserva cierto margen de intervención sobre empresas -privatizadas o no- de sectores estratégicos. A raíz de la *contraopa* de E.ON sobre Endesa, fue aprobado el RDL 4/2006, de 24 de febrero, *por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía*, dándose nueva redacción a *la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos*, para ampliar las funciones de la CNE a la hora de autorizar la toma de control de las empresas energéticas por parte de otras, cuando dicha toma de control afecte a intereses generales de la política energética española y, en particular, a la seguridad pública. Por su parte, los arts. 10.4 y 60.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de defensa de la competencia* reservan al Consejo de Ministros "la última palabra" en determinadas operaciones de concentración empresarial por criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, entre los que se cuentan: defensa y seguridad nacional, protección de la seguridad o salud públicas, libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, protección del medio ambiente, promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.