

LUX BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARENCIA METROPOLITANA

01

| Edición en español |



¿Quiénes somos?

La Agencia de Transparencia es responsable de la implementación de la transparencia y del fomento del buen gobierno en la administración metropolitana, en sus organismos vinculados y en las empresas prestadoras de servicios públicos del Área Metropolitana de Barcelona.

Para avanzar hacia un gobierno abierto e innovador que promueva la integridad y evite la corrupción, la Agencia de Transparencia elabora protocolos y recomendaciones, vela por el acceso y la publicidad de la información pública, promueve la formación y la sensibilización de los trabajadores públicos, impulsa un código ético y de conducta, gestiona los conflictos de interés potenciales, controla las relaciones con los grupos de interés, apoya la transparencia de los gobiernos locales y fomenta buenas prácticas en la gestión de los servicios públicos.

Los principios y valores en que se basa la actuación de la Agencia de Transparencia son la legalidad, la responsabilidad, la objetividad, la integridad, la ética pública, la rendición de cuentas, el derecho a la información y la equidad de género.

LUX BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARENCIA METROPOLITANA

LUX BARCELONA

**Revista de transparencia metropolitana,
núm. 01**

Lux Barcelona es una revista promovida por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) que se edita en tres versiones (en catalán, en español y en inglés).

Consejo Asesor de Transparencia Metropolitana

Carme Ballbé

Manel Carnós

Victòria Camps

Tomàs Font

Joaquim Triadú

Josep Maria Vallès

Las opiniones expresadas en los trabajos publicados son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Dirección

Gemma Calvet, directora de la Agencia de Transparencia

Coordinación editorial

Ester Pujol

Isabel Clos (AMB, Oficina Técnica de Gerencia)

Coordinación de contenidos

Joan Cotxà (AMB, Agencia de Transparencia)

Diseño y maquetación

Úrsula Solans (AMB, Servicio de Comunicación)

Corrección y traducción

Tau Traduccions SL

Impresión

Les impressions zero cinc, SL

DL: B 30270-2017

ISSN 2604-0964 (papel)

ISSN 2604-0980 (digital)

© de las fotografías: Kim Manresa

© de las ilustraciones: Jordi Duró

© de los textos: los autores

© de la edición: Área Metropolitana de Barcelona

Barcelona, noviembre 2017

UNA NUEVA VENTANA ABIERTA A LA TRANSPARENCIA

En los últimos años se han destapado numerosos casos de corrupción política, irregularidades administrativas y malas prácticas de algunos gobernantes y gestores públicos que han situado el fraude y la corrupción como uno de los problemas que más preocupan a los ciudadanos, después del paro. La ciudadanía ha demostrado una tolerancia cero con las prácticas fraudulentas y con el hecho de que intereses particulares se impongan al interés general. En consecuencia, las distintas administraciones han impulsado regulaciones y políticas para reforzar la integridad pública y perseguir el fraude y la corrupción, en cumplimiento de la legislación sobre transparencia.

El Gobierno metropolitano surgido de las elecciones municipales de mayo de 2015 fijó la transparencia como una de sus prioridades y se comprometió a impulsar una nueva manera de gobernar sustentada en la información, la participación y la rendición de cuentas a la ciudadanía. En este mandato, nos hemos propuesto que la transparencia impregne el conjunto de iniciativas y actuaciones del Gobierno metropolitano para promover reflexiones críticas sobre la acción de gobierno que permitan incorporar aportaciones diversas que recojan la pluralidad de visiones y sean el motor de un cambio en la manera de planificar, gestionar y ejecutar las políticas públicas metropolitanas.

Para concretar este compromiso, en julio de 2015 el Área Metropolitana de Barcelona aprobó la creación de la Agencia de Transparencia, cuya misión principal es consolidar el modelo de gobierno abierto y alcanzar los estándares de transparencia, publicidad de la información, calidad de la gestión, integridad y ética pública que establecen las leyes. Para alcanzar esta misión, la Agencia promueve, coordina y evalúa la implementación de la legislación en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en todo el sector público metropolitano, que incluye la administración metropolitana, los organismos, empresas públicas y consorcios vinculados, así como las empresas prestadoras de servicios públicos o entidades que perciben fondos públicos. En definitiva, la Agencia de Transparencia constituye un instrumento clave para avanzar hacia un modelo innovador, democrático, abierto e inclusivo de gobernanza metropolitana que genere sinergias entre los actores públicos y privados que intervienen, con vocación de integrar una visión global.

El modelo de gobernanza del Área Metropolitana de Barcelona se caracteriza por una administración de segundo nivel relativamente reducida que implementa una buena parte de sus políticas a través de las administraciones locales, de las entidades del sector público metropolitano o de empresas privadas que prestan servicios públicos. Este modelo de gestión plantea unos retos específicos en materia de transparencia y buen gobierno. Desde su creación, la Agencia de Transparencia ha desplegado una serie de iniciativas innovadoras para adaptar a esta realidad metropolitana las políticas de gobierno abierto.

La transparencia y el gobierno abierto son una corriente de alcance global que está transformando el funcionamiento de las administraciones públicas de todo el mundo. Para mejorar la eficacia y los resultados de las políticas de integridad pública, tenemos que aprender mutuamente de las experiencias y las buenas prácticas que están impulsando los gobiernos del mundo más innovadores en este ámbito. El Área Metropolitana de Barcelona no puede quedar al margen de este diálogo global y quiere participar con voz propia. La revista *Lux Barcelona* aspira a ser el medio del AMB desde el que se vehiculen las aportaciones metropolitanas a este diálogo, aprovechando el gran legado de las humanidades y con el reto de avanzar en el buen gobierno y en las políticas públicas para las generaciones futuras.

Ada Colau Ballano

Alcaldesa de Barcelona y presidenta
del Área Metropolitana de Barcelona





El Prat de Llobregat. Mirador de los bancos.
© KIM MANRESA

“Cada persona posee una dignidad inalienable que debe ser respetada por las leyes y las instituciones.” **Martha Nussbaum**

“Toda política es el arte de lo posible” **Tony Judt**

“No es posible vivir placenteramente sin hacerlo con juicio, nobleza y justicia, ni tampoco llevar una vida juiciosa, noble o justa sin que sea placentera” **Epicuro**

“La ética es eficaz y por eso ha de triunfar”
Hegel

“Sabemos que el poder es una cuestión de intereses nacionales e internacionales, el juego de clases y grupos étnicos, el conflicto de regiones o religiones. Pero no actuamos basándonos en este conocimiento” **Richard Sennett**

“Pero la gran pregunta es ¿cómo podemos hacer compatible esta responsabilidad común con una sociedad en la que las máquinas trabajan incansablemente para producir valores de cambio de los que los propietarios sacan provecho después cuando además estos no son más que una minoría de la población?” **Yanis Varoufakis**

A LA LUZ DE LOS NUEVOS TIEMPOS

Inicio del siglo XXI, la globalización económica y la crisis de legitimidad democrática ante las crecientes desigualdades que comporta la crisis económica nos llevan a creer más que nunca que la luz que tiene que venir del pensamiento compartido, de la reflexión abierta, de la creencia en el legado de las humanidades, nos tiene que seguir ofreciendo las herramientas indispensables para avanzar en el progreso de nuestra sociedad.

Los responsables de las políticas públicas del mundo, en distintos lugares y contextos culturales o geográficos, se están enfrentando a un fenómeno que mina los pilares de la creencia colectiva en el buen gobierno y la democracia: la corrupción. Este es un fenómeno que no por nuevo pero sí por visible en la sociedad de la información, ha provocado que progresivamente se fuesen creando normativas de transparencia, registros de grupos de interés y esfuerzos en nuevos órganos de garantía que quieren hacer posible el combate al delito inmerso en la *res pública*, edificando una cultura constructiva que intenta convertir la ética pública en una ética aplicada al cambio de la noción de poder democrático. En Cataluña, la Ley 19/2014 nos ha obligado a reaccionar con esfuerzos compartidos de regeneración democrática.

El planteamiento del nuevo paradigma se denomina *transparencia*. A algunos nos gusta más optar por *buen gobierno*, es decir, el tipo de gobierno que, desde Confucio o el taoísmo en Oriente, los clásicos en Occidente, los filósofos de la ética Aristóteles y Epicuro, hasta Hannah Arendt o Martha Nussbaum, ha intentado reorientar las prácticas del ejercicio del poder político y administrativo.

Ha habido críticas también a la nueva orientación de la transparencia, como la del coreano Byung-Chul Han, que denuncia el riesgo de la uniformidad —«la sociedad de la transparencia es un infierno de lo igual»—, de la ineficiencia —«más información no conduce a mejores decisiones»—, o la necesidad de discreción y discrecionalidad —«a la belleza le hace falta el velo, el desnudo es el riesgo de anulación del misterio».

Es evidente que estas reflexiones críticas deben integrarse en un modelo de políticas de transparencia y buen gobierno que nos ofrezcan credibilidad, certeza y flexibilidad. Solo desde la voluntad de una *transparencia sustantiva* y no desde una *transparencia formal* podremos avanzar. Y es más necesario que nunca, en este momento embrionario, tejer conocimientos y ciencia aplicada de la transparencia y el buen gobierno, y a la vez compartir esfuerzos con el fin de no caer en los riesgos ya identificados.

El valor de la transparencia no debe ir en detrimento del valor interior de cada institución o entidad obligada a observar la normativa; por el contrario, es una oportunidad para profundizar en la identidad propia, en la capacidad de crear buena gobernanza.

La transparencia no tiene un carácter de valor absoluto ni finalista. Por eso, las clasificaciones ordenadas comportan riesgos de disfraz artificial, tal como se ha comprobado en el sistema económico. La transparencia aplicada es esencialmente un camino, un proceso permanente, dinámico y generador de consensos. Aquellos «consensos entrecruzados» que Rawls reclama, en este caso entre normativa e iniciativa en la gestión pública, o entre sector público y privado, entre ciudadanía y administraciones; y también, por qué no decirlo, entre los intereses particulares y el interés general. Reconocer la existencia de intereses es el primer paso para poder avanzar e identificar los puntos débiles de la buena gobernanza. Este *consenso por la transparencia* también plantea un reto fundamentalmente nuevo: la necesidad de construir alianzas de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo. La concepción jerárquica de la administración comporta el reto de un cambio en la misión directiva y un alto nivel de compromiso en la gestión de los trabajadores públicos. Podríamos decir que la transparencia y el buen gobierno representan la gran oportunidad que Weber plantea cuando reconoce y desarrolla en la palabra *carisma* del funcionario, el gran potencial de cambio.

La gestión de la transparencia y el buen gobierno tiene que reconocer la complejidad a que nos enfrentamos, y también tiene que poder trabajar para avanzar hacia una *democracia de la autenticidad*.

Actualmente, en la sociedad globalizada, la convivencia entre el ámbito público y el privado se convierte en una realidad cotidiana, especialmente en la contratación pública de servicios de interés general como pueden ser los suministros energéticos, el agua, la movilidad, los operadores de vivienda

social y la gestión de residuos, entre otros. La convivencia entre normativas de transparencia, directivas europeas de contratación pública y de equidad y la dimensión penal creciente de los delitos que se pueden cometer en este ámbito tanto por actores públicos como privados, nos han llevado a ver la necesidad de compartir pensamiento y acción.

Como directora de la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, que integra 36 municipios de diversas dimensiones presididos por la alcaldesa de Barcelona, creo que es necesario ofrecer una revista como esta en la que desde la palabra *lux* podamos abrir ventanas que, con la fuerza de la palabra, entrecrucen debate jurídico y pensamiento humanista, y en la que la fuerza de las imágenes, con el silencio, permita a los lectores comprender que el alcance del actual reto de buen gobierno es tan inmenso como el mar, pero donde el compromiso de creación individual es tan indispensable como el trabajo de construcción de nuevas catedrales públicas e inmateriales.

Creación y compromiso en la era de la transparencia. Construcción de una nueva dimensión de la colectividad metropolitana que ponga en el centro a las personas, la ciudadanía y la equidad, núcleos esenciales de la noción de justicia social y buen gobierno.

Gemma Calvet Barot

Directora de la Agencia de Transparencia
del Área Metropolitana de Barcelona

TRANSPARENCIA



¿PUEDE HACERSE?

El ser humano está condenado a las trampas. Ya sea de manera individual o colectiva, existe un interés especial en tenderlas. Aunque sean llamativas, caeremos en ellas. Verlas no las hace evitables. Somos humanos para bien y para mal y el bien y el mal no pueden resolverse con unas cuantas normas. La moral está sometida a demasiados valores para que sea universalmente comestible. Hemos construido nuestra organización sobre un pilar de libertad restrictiva que se hace más sólido o más débil según la época social y económica (no sé si tiene sentido escribirlo separadamente). El vínculo con la posesión forma parte de la cultura. Todas nuestras representaciones están basadas en el hecho de tener o no tener, ya sean personas o becerros de oro. Hay quien encuentra el equilibrio corriendo y hay quien tiene prisa por encontrar el equilibrio. Partimos de una línea de salida movедiza y la meta siempre es ambiciosa. Hablar de ello nos beneficia y nos frustra. Tenemos la sensación de haber hecho siempre una parte del camino, pero no acabamos de llegar allí donde todo es justicia, paz y el paso de

las estaciones del año. Esta meta no existe en el mundo de los vivos, pero la posibilidad de imaginar un funcionamiento mucho más correcto de las instituciones es la misma que la posibilidad de hacerlo realidad. Hay instrumentos y manos capaces de jugar sin hacer trampas. Deben prevalecer los derechos de todo el mundo en una sociedad injusta.

Un gobierno es un ente formado por personas que trabajan bajo unas normas heredadas a las que, como en cualquier herencia, se puede renunciar. Para poder avanzar como sociedad ha sido necesario romper muchas de estas normas que nuestros antepasados hombres escribieron o proclamaron. Desobedecer lo que es moralmente inaceptable para una mejora global de toda la humanidad tendría que ser casi una obligación. Pero, como personas individuales, *global* es un término que nos preocupa relativamente. Si a mí no me afecta, el problema no existe. Vivimos en una burbuja oscura. Si es transparente, ya la hemos fastidiado. La transparencia nos hace ver lo que no queremos, aunque sea por nues-

tro bien. Nuestro bien es nuestro mal. El compromiso de adquirir la responsabilidad en lo que hacemos, en la manera en que vivimos, en lo que decidimos y en la lectura de nuestros propios errores. La transparencia no es solo una manera de pasar cuentas entre un gobierno y nosotros. Es también una manera de pasar cuentas con nosotros mismos. El nivel de exigencia debe tener relación con nuestra propia exigencia. No tiene sentido que haya un abismo entre quien nos representa y nosotros. A menudo, lo hay. Pero aunque sea imposible formar parte de todas las tribus, es necesario que entre tribus haya un objetivo común: la lucha incesante y firme contra el abuso de poder.

El nivel de corrupción actual nos ha dado muchos datos. Nos ha hablado de la codicia y de la completa desafección de determinados individuos con respecto a la sociedad que les rodea. Nos ha presentado, con más o menos pelo, personas que vemos cada día por la calle y con las que no compartimos el gimnasio. Nos ha explicado la importancia del control de los gobiernos, de la independencia de la justicia y de la ética, sea cual sea el

resultado de tantas leyes mal hechas. Nos ha demostrado lo que ya sabíamos, pero quizás nos ha desbordado el tamaño de la red. El tamaño no importa. Con los aparatos adecuados la red debería ser inviable. La fragilidad de las convicciones forma parte de la construcción de una persona. Que la única convicción sea aprovecharse del bien común exclusivamente por el bien individual es reprobable bajo cualquier concepto de sociedad avanzada. La lucha contra la corrupción no consiste en un sueldo indigno por una responsabilidad muy grande. Reclama un cambio de mentalidad general, de leyes y de acciones que pongan por delante valores que no dominan en la sociedad para que lo que representan sirva de buen ejemplo. Un montón de trabajo, lo sé. Pero si los de arriba lo hacen bien...

La ciudadanía tiene derecho a estar informada. Eso significa que se tiene que poder saber si un partido mantiene su programa de gobierno (aunque nadie se lo lea) y cuáles son las partidas que destina a cada acción gubernamental. Por ejemplo. Pero para que esta información sea trans-

parente también tienen que serlo sus canales. Y las palabras. El lenguaje político sufre unas malformaciones cada vez más ridículas. Y cada vez más groseras. La política tiene que poder expresarse correctamente y sin la voluntad expresa de ser «el corte de voz más divertido del día». Los *likes* no tienen que estar en las redes sociales. No reconocer los errores o atribuirlos siempre a los demás es una manera de insultar la inteligencia de la ciudadanía. Lo es, también, cuando se perpetúan todos los estereotipos y se menosprecia la capacidad de la mitad de la población. Grecia. Enero de 2015. El partido Syriza, con Alexis Tsipras al frente, forma gobierno de doce ministros sin ninguna mujer. ¿Es un buen gobierno? ¿Es ético? ¿Es importante que cualquier gobierno tenga en cuenta la representación de la mitad de su población? Es fundamental. La situación de desigualdad entre hombres y mujeres tiene que ver con la representación social de las mujeres, históricamente amas de casa. Para el hombre han quedado las calles. Ni es buen gobierno ni es ético que cualquier formación discrimine a las mujeres. Esta es una meta principal para lograr cualquier cambio

generoso en la formación de un buen gobierno. Una representación equilibrada representa una nueva manera de trabajar y de entenderse. Cualquier práctica que no tenga que ver con una visión feminista y, por tanto, política, no nos hará avanzar a ninguno de nosotros, en general. La calle es, también, de las mujeres. Los derechos son, también, para las mujeres. La valentía en los cambios profundos no es valentía, es necesidad. Por el bien de la humanidad.

¿Es posible gobernar hoy sin caer en ninguna de las trampas que ofrece el sistema para esquivar obligaciones molestas? ¿Qué pasa cuando se delata una práctica deshonesta, corrupta, perversa? La ciudadanía, en realidad ¿quiere un gobierno ético o un buen gobierno? Un buen gobierno puede satisfacer unas necesidades ideológicas y económicas que no sean éticas. ¿Sí? ¿Puede? ¿Puede hacerse? Las preguntas siempre son un buen camino.

Natza Farré



Sant Climent de Llobregat. Campanario de la iglesia
© KIM MANRESA

UN MAL LOCALIZADO

Recuerdo que en Bolivia, hace casi cuarenta años, tuve un pequeño accidente de tráfico. Fue en un barrio residencial de La Paz, muy tranquilo. Atravesaba una calle y un coche me embistió a mucha velocidad y se estrelló contra el mío. El conductor era un chico joven, de quince o dieciséis años. No tenía carné. Ni él ni yo nos hicimos daño, pero su coche quedó desfigurado. El mío, un *jeep*, resistió bastante bien.

Llamamos a la policía, que tomó nota de todo, y fuimos al juzgado, donde hubo un pequeño juicio en el que aquel muchacho fue sustituido disimuladamente por su padre, un empresario acomodado. Todo fue muy rápido. Un perito aseguró que, tras medir las huellas del frenazo, la velocidad del coche del chico era de setenta kilómetros por hora, poco más de los sesenta permitidos. Sorprendido, yo dije que aquella quizás hubiera sido la velocidad si el coche se hubiera detenido solo, pero que había chocado contra el mío, de manera que a esa velocidad había que añadir la del momento del impacto. El juez dijo que no era necesario, que

eso era irrelevante. También dijo que yo tenía una parte de responsabilidad por lo ocurrido, porque, aunque había mirado antes de cruzar la calle, no había mirado lo bastante bien, ya que no había visto venir el otro vehículo. De si su conductor tenía o no carné, no se habló en ningún momento.

El resultado fue que, como los daños del otro coche eran cuatro veces superiores a los del mío, mi compañía de seguros aun tuvo que cubrir parte de los daños del otro. Yo estaba indignado, pero el representante de la compañía me dijo que el juez había cobrado de la otra parte y que no le diera más vueltas porque no había nada que hacer.

Todavía me pregunto cuánto dinero debió de pagar el padre del chico a aquel juez venal, pero no creo que fuera mucho. Entonces, en Bolivia, la corrupción era para mucha gente un medio de vida y las voluntades de los funcionarios, de los jueces y de los policías se compraban por unos pocos billetes. Estoy hablando de hace décadas y hoy probablemente ya no es así.

Nosotros, ahora, estamos convencidos de que vivimos en un país corrupto. Según el barómetro de mayo del Centro de Investigaciones Sociológicas, la corrupción es el segundo problema que más nos preocupa, tras el paro y muy por delante de la inmigración, las drogas, la sanidad, la administración de justicia o la inseguridad ciudadana.

Pero la corrupción, en España, no tiene nada que ver con la de los países verdaderamente corruptos. La justicia es lenta y puede ser imprevisible, pero los jueces no se dejan sobornar. Los inspectores de Hacienda no tratan de enriquecerse. Los policías no se venden al mejor postor. Los funcionarios no exigen incentivos para ocuparse de los asuntos que les sometemos.

Y, sin embargo, no hay duda de que hay corrupción. Según el índice de transparencia internacional, que evalúa los niveles de corrupción de 176 países con una puntuación que va del 0 (muy corrupto) al 100 (muy limpio), España se sitúa en el puesto 41, con 58 puntos, con más corrupción que Uruguay, Francia, Polonia

y Portugal y menos que Letonia, la República Checa, Corea del Sur o Italia. Es decir, nos situamos en un nivel intermedio, entre los países más corruptos de la Unión Europea y los más limpios de otros continentes.

Así pues, vemos que existe una falta de proporción entre el nivel real de corrupción, que no es tan alto como creemos, y la percepción que tenemos de él, la de un problema de una gravedad excepcional. Ha habido momentos, en los últimos años, en los que los periódicos apenas hablaban de otra cosa. Me pregunto si el motivo de esta falta de proporción no radica en el alto grado de concentración de la corrupción que padecemos. Si los jueces, los funcionarios y los policías, por regla general, no son corruptos, ¿quién lo es? Pues muchos políticos, sobre todo a nivel autonómico y local.

Si lo pensamos detenidamente, vemos que una parte considerable de los escándalos están ligados a la financiación irregular de los partidos políticos a través de la concesión de contratos públicos y de la recalifica-

ción de terrenos para la construcción. Entre los partidos que han tenido responsabilidades de gobierno, no hay ninguno que no tenga casos abiertos, aunque unos tienen más que otros. Hay autonomías en las que cuesta encontrar un rincón libre de trapicheos. Hay ayuntamientos que han tenido que ser intervenidos. Algunos políticos —cuyos nombres están en la mente de todos— han aprovechado para enriquecerse.

Visto el origen tan concentrado de la corrupción —un tumor muy localizado, que no se ha extendido—, cuesta evitar tener la impresión de que se podría reducir rápidamente si se aplicaran con rigor las normas vigentes sobre contratación pública, sobre recalificación de terrenos y sobre financiación de los partidos políticos. El código penal, por ejemplo, establece que las empresas culpables de corrupción no podrán participar en concursos públicos durante un tiempo determinado. Si esta norma se aplicara con seriedad, las grandes empresas se lo pensarían mucho antes de sobornar a nadie, porque una condena haría caer el valor de sus acciones y podría obligar a los directivos a dimitir.

¿Por qué no se hace? ¿Por qué no se aplican de verdad las normas existentes? A veces cuesta evitar tener la impresión de que no se hace porque los que tienen la responsabilidad de hacerlo, los partidos políticos, son los que saldrían más perjudicados. Pero el nivel de tolerancia social ha bajado mucho y la justicia, lenta pero inexorable, está actuando. Los procedimientos utilizados por los políticos corruptos y por sus cómplices han quedado a la vista de todos. Los partidos están sometidos a una vigilancia muy estricta. Tal vez aún salgan más casos de los últimos años, pero el tumor está controlado.

Hay muchos grados de corrupción y aquí no hemos llegado a los más altos, ni mucho menos. Por fortuna, es muy difícil que lleguemos. Aquí, una farsa como aquel juicio de La Paz sería impensable.

Carles Casajuana



Badalona. Estación de metro Lliçà
© KIM MANRESA

Las obligaciones de transparencia de las entidades privadas que reciben fondos públicos o que prestan servicios públicos o servicios de interés general o universal

Isabel Baixeras Delclòs

I. Introducción

1. Objeto de estudio

El presente artículo plantea un análisis jurídico sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y, específicamente, en relación con la interpretación que corresponde en derecho a los apartados d) y e) del punto 1 del artículo 3 de dicha Ley.

Se trata de analizar las determinaciones que la ley prevé para las entidades que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, que prestan servicios públicos o que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico, y para las cuales llevan a cabo actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal, vinculadas al Área Metropolitana de Barcelona (AMB).

En particular, se pretende aclarar cuál es el alcance de la responsabilidad imputada al AMB en relación con la efectividad del deber de transparencia de dichas entidades.

2. Los principios que inspiran la legislación sobre transparencia

Los principios de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno son mencionados en la exposición de motivos de la Ley de Cataluña

19/2014, de 29 de diciembre, como principios básicos que permiten evaluar la calidad democrática del funcionamiento de las administraciones públicas. La finalidad de la ley es el establecimiento de un sistema de relación entre las personas, por un lado, y la Administración pública y los demás sujetos obligados por otro, con los siguientes objetivos:

- Facilitar a los ciudadanos que conozcan la actividad pública,
- Incentivar la participación ciudadana,
- Mejorar la calidad de la información pública y de la gestión administrativa,
- Garantizar la rendición de cuentas y la responsabilidad en la gestión pública.

El apartado 9 del preámbulo de la Ley se refiere a la ciudadanía como destinataria de las herramientas que deberán permitirle el conocimiento de la organización interna de la Administración, de los elementos que fundamentan sus decisiones y de los motivos que justifican su actuación, incluidos los compromisos económicos que ello comporta.

La invocación del principio democrático y la mención de la ciudadanía como destinataria de los instrumentos de transparencia están también presentes en la exposición de motivos de la Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En la exposición de motivos se reclama que los poderes públicos respondan ante la sociedad y se advierte que esto solo se consigue cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se gestionan los fondos públicos y bajo qué criterios actúan las instituciones.

Encontramos algunos de los fundamentos constitucionales de estas dos leyes en el artículo 1.1. de la Constitución, según la cual España se constituye en un Estado social y democrático de derecho y propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y en el artículo 9 del mismo texto, que dicta la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y recomienda a los poderes públicos que promuevan las condiciones de libertad e igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos sociales, que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y que faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el apartado 3 del mismo artículo 9, también constituye un vínculo claro de las leyes española y catalana con la Constitución. El artículo 105 b), que prevé el acceso de los ciudadanos a los archivos y a los registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y a la defensa del Estado, la indagación de los delitos y la intimidad de las personas, también ampara constitucionalmente la legislación sobre el derecho a la transparencia.

Tanto la ley estatal de transparencia como la del Parlamento de Cataluña ofrecen a la ciudadanía las herramientas de control de la gestión pública, y

pretenden conseguir la trazabilidad de los recursos públicos hasta su destino para empoderar a la ciudadanía y satisfacer el principio democrático.

En lo que al derecho europeo se refiere, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea garantiza «el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte» (art. 41) y el «derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión» (art. 42). Este último ya fue declarado en el artículo 255 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y lo encontramos en el artículo 15, apartado tercero, de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento, que ha sido desplegado por el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y el Consejo. Pese a que estas normas son de aplicación directa solo en las instituciones de la Unión Europea, los tribunales españoles las invocan a menudo con ocasión de la interpretación de la legislación interna.

Dicho Reglamento europeo vincula el derecho de acceso a los principios de transparencia, control democrático sobre los poderes públicos y participación. La interpretación que de él hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es restrictiva con las excepciones al acceso, siendo que la finalidad de la norma es promover las buenas prácticas administrativas y garantizar la transparencia como elemento de control democrático.

El principio de transparencia está presente en muchas disposiciones del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Lo encontramos citado en el artículo 71, que se refiere a los principios de organización y funcionamiento de la Administración de la Generalitat, entre los que destacamos los siguientes:

- Sirve los intereses generales, con objetividad.
- Actúa con sumisión plena a las leyes y al derecho.
- Actúa de acuerdo con los principios de coordinación y transversalidad, con el fin de garantizar la integración de las políticas públicas.
- Debe hacer pública la información necesaria para que los ciudadanos puedan evaluar la gestión, de acuerdo con el principio de transparencia.

La Ley de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, encuentra también fundamento en esta disposición estatutaria.

La designación de la ciudadanía como destinataria de los instrumentos que la ley ofrece —que deben permitirle la evaluación de la gestión pública— y el principio democrático como inspirador último de los principios de transparencia y buen gobierno, son los valores que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar cada una de las previsiones de la Ley que analizamos.

3. La transparencia, la trazabilidad y la libre competencia

El vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se refiere al principio de transparencia de los procedimientos en su artículo 1. La Ley vincula dicho principio a la necesidad de garantizar la utilización eficiente de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, y lo relaciona con la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La relación entre el principio de transparencia y el de preservación de la libre competencia inspira, también, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero 2014, sobre Contratación Pública. Pese a que el plazo de transposición de dicha directiva a los estados aún no ha vencido (los dos años previstos acaban el 18 de abril de 2016), tanto la inminencia del vencimiento como la necesidad de interpretar el derecho interno en el sentido de preservar el efecto útil de la nueva regulación —caracterizada por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea— aconsejan interpretar la legislación española sobre contratos a la luz de los principios en que se fundamenta la norma europea. Siendo que el principio de transparencia rige el proceso de selección de los contratistas y la adjudicación de los contratos, la Administración española debe tener presente que los procedimientos de licitación tienen que ir acompañados de salvaguardias adecuadas que garanticen su observancia.

La citada directiva relaciona la transparencia con la trazabilidad del proceso de contratación. La Consideración 126 declara que la trazabilidad y la transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación son fundamentales para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude.

Por lo tanto, los poderes adjudicadores deben prepararse para facilitar a la ciudadanía el acceso a los elementos y decisiones esenciales de cada procedimiento de contratación y a los contratos de alto valor que se hayan celebrado.

4. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley española de transparencia

La Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, antes mencionada, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran la Administración local (art. 2.1.a); las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a cualquiera de las administraciones públicas o que dependen de ellas (art. 2.1.d); las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participa-

ción, directa o indirecta, de dichas entidades sea superior al 50 % (art. 2.1.g); las fundaciones del sector público (art. 2.1.h), y las asociaciones constituidas por las mencionados organismos, administraciones y entidades (art. 2.1.i).

Según el artículo 3, las disposiciones sobre transparencia de la actividad pública también son de aplicación a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, y a las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

El artículo 4 de la Ley española de transparencia se refiere a las personas diferentes de las que citan los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. Establece que no les son exigibles todas las disposiciones del capítulo II, sino únicamente la obligación de suministrar a la administración, organismo o entidad a la que estén vinculadas toda la información que la administración, organismo o entidad en cuestión necesite para el cumplimiento de sus propias obligaciones de transparencia. Esta obligación, que se extiende a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato, solo es exigible previo requerimiento.

Por tanto, el régimen de transparencia a que la Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, somete a las personas jurídicas privadas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas se concreta en la imposición de la obligación de atender los requerimientos que la Administración les dirija.

En cuanto a las obligaciones de transparencia exigibles a las personas contratistas del sector público, se limitan a las que hayan sido previstas en el contrato.

5. Particularidades del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley catalana de transparencia

El preámbulo de la Ley de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, se refiere a la necesidad de que todos los poderes públicos den cuenta a la ciudadanía de su actividad y de la gestión de los recursos públicos que se han puesto a su alcance, de acuerdo con el principio de responsabilidad, y en el contexto de un Estado democrático y de derecho. Asimismo, expresa la voluntad de dar cumplimiento a la demanda social de transparencia, con la extensión de su ámbito de aplicación hasta abarcar a todos los organismos públicos de Cataluña, tengan o no carácter administrativo.

También leemos en él que la Ley tiene, como principal ámbito subjetivo de aplicación, a las administraciones públicas de Cataluña, y que esta noción

incluye a la Administración de la Generalitat, a los entes locales y a todos los organismos y entidades de naturaleza administrativa dependientes o vinculados a dichas administraciones.

En el párrafo siguiente, tras referirse a las administraciones públicas de Cataluña y a los organismos y entidades de naturaleza administrativa que dependen de ellas o están vinculados a ellas —a los que califica como constitutivos del ámbito subjetivo principal de aplicación de las normas sobre transparencia y buen gobierno—, la exposición de motivos afronta la inclusión dentro de su ámbito de las personas privadas que ejercen dichas actividades, las cuales sujeta a deberes de transparencia pese a que tienen un régimen jurídico de derecho privado. El sentido de la introducción adversativa —«sin embargo»— destaca que, en estos casos, el cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información no se hace efectivo de manera directa, sino por medio de las administraciones públicas responsables del servicio o de tutelarlos.

La exposición de motivos justifica la mencionada ampliación del ámbito subjetivo haciendo alusión a dos constataciones: por un lado, que las organizaciones administrativas se caracterizan por su diversidad; por otro, que cada vez está más extendido el hecho de que algunas actividades públicas o de interés público son desarrolladas por agentes privados.

El ámbito de aplicación de la Ley se extiende, también, a otro tipo de personas de derecho privado: las organizaciones, asociaciones y fundaciones cuyos ingresos provienen de manera significativa de subvenciones o ayudas públicas.

La inclusión de entidades de derecho privado dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre transparencia, como hace la Ley de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, constituye una intervención más intensa que la que realiza la Ley española 19/2013, de 9 de diciembre.

La legitimación de esta mayor intensidad se manifiesta en los factores que detallamos a continuación.

A. La ciudadanía, como referente

Ya hemos comentado que la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, quiere establecer un sistema de relación entre las personas y los prestadores de servicios públicos basada en el conocimiento de la actividad pública, la incentivación de la participación ciudadana, la mejora de la calidad de la información pública y de la gestión administrativa, y la garantía de la rendición de cuentas y la responsabilidad en la gestión pública, y hemos señalado que la ciudadanía es la destinataria de las herramientas de transparencia.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña proclama que los poderes públicos están al servicio del interés general y de los derechos de la ciudadanía. La relación de servicio de los poderes públicos respecto a la ciudadanía legitima la sujeción de las personas privadas que ejercen actividades públicas a la función de control que los ciudadanos deseen ejercer sobre ellas.

B. El particular régimen en que sean prestados los servicios públicos no debe alterar el derecho de los ciudadanos a acceder a ellos en condiciones de calidad

El artículo 30.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña proclama la universalidad del derecho de las personas a acceder a los servicios públicos y a una buena administración. Este derecho se corresponde con un deber de las administraciones públicas: el de fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios. El último inciso de esta disposición hace una concreción importante: las administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de los servicios públicos «con independencia del régimen de su prestación».

Así pues, vemos consagrado en el Estatuto el derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios públicos y a la buena administración sea cual sea el régimen a través del cual les sean prestados. En la medida en que el derecho del ciudadano a acceder a los servicios en condiciones de calidad comprende el derecho a controlar la buena gestión de estos servicios mediante las herramientas de la transparencia, es del todo razonable que la legislación catalana sobre transparencia y buen gobierno incluya, en su ámbito de aplicación, a las personas privadas que ejercen actividades públicas.

C. La intensificación progresiva de la participación del sector privado en la ejecución de las políticas públicas y en la prestación de los servicios públicos

He comentado antes que la exposición de motivos de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, advierte que algunas actividades públicas o de interés público son desarrolladas por agentes privados y que este fenómeno está cada vez más extendido.

El Estatuto de Autonomía es plenamente consciente del fenómeno del incremento progresivo de la participación del sector privado en la prestación de los servicios públicos y ofrece herramientas para sujetarlo a los principios inspiradores de la gestión pública. Véase, por ejemplo, cómo el apartado 6 de su artículo 71 encomienda a las leyes que, con ocasión de la regulación de la organización de la Administración de la Generalitat, no se limiten a regular sus estructuras puramente administrativas, sino que las exhorta a:

- Prever modalidades de descentralización funcional.
- Prever las diversas formas de personificación pública y privada que puede

- adoptar la Administración de la Generalitat.
- Tratar las formas de organización y de gestión de los servicios públicos.
 - Regular la actuación de la Administración de la Generalitat en régimen de derecho privado.
 - Regular la participación del sector privado en la ejecución de las políticas públicas y la prestación de los servicios públicos.

Así pues, parece que el incremento de la participación del sector privado en la prestación de los servicios públicos es, en Cataluña, un fenómeno bienvenido, pero que las leyes catalanas tienen el mandato estatutario de regular la participación de este sector no solo en la prestación de los servicios públicos, sino también en la ejecución de las políticas públicas.

La puesta en relación de este mandato estatutario con el derecho constitucional, como persona y como miembro de grupos sociales, a participar en la vida política, económica, cultural y social en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, confirma la idoneidad de la sujeción de los agentes privados prestadores de servicios públicos a las normas sobre transparencia y buen gobierno que se desprenden de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre.

6. Ejes básicos de la Ley catalana de transparencia

Los ejes básicos de la Ley de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, son:

- La regulación y la garantía de la transparencia de la actividad pública.
- La regulación y la garantía del derecho de acceso de las personas a la información y la documentación públicas.
- El establecimiento de los principios y las obligaciones de buen gobierno de acuerdo con los cuales deben actuar los altos cargos, el personal al servicio de la Administración y el resto de personas a quien es aplicable esta ley.
- La aplicación del gobierno abierto y el fomento de la participación y la colaboración ciudadanas.
- La regulación del régimen de garantías y responsabilidades para los casos de incumplimiento de los deberes y las obligaciones.

La voluntad de extender el ámbito de aplicación de la ley a todos los organismos públicos de Cataluña, tengan o no carácter administrativo, se refleja en el apartado d del artículo 3: la ley es aplicable a las personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, que prestan servicios públicos o que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico.

La sujeción al régimen catalán de transparencia de las denominadas personas prestadoras de servicios públicos o receptoras de fondos públicos se produce en las condiciones que analizaremos a lo largo del presente informe.

II. Obligaciones genéricas del Área Metropolitana de Barcelona como administración responsable en materia de transparencia

1. Sujeción general a las normas de transparencia

La entrada en vigor del título II de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, respecto a los entes que integran la Administración local, se ha producido al cabo de un año de que la Ley fuese publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña. Por tanto, desde el primero de enero de 2016, el Área Metropolitana de Barcelona (AMB), en su condición de ente local —véase el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto—, está sujeta a las normas sobre transparencia en la actividad pública, publicidad activa, transparencia en la gestión administrativa y reutilización de la información pública previstas en los artículos 5 a 17 de la mencionada Ley.

2. Previsiones del Reglamento orgánico metropolitano

El título IV del Reglamento orgánico metropolitano, de 18 de diciembre de 2012, regula la transparencia en el artículo 73, que transcribo:

1. El AMB asume como objetivo y obligación propia ampliar y reforzar la transparencia de sus actividades, y reconoce y garantiza el derecho de la ciudadanía y los municipios de acceso a la información relativa a estas actividades públicas.

2. Asimismo, el AMB reconoce el derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, de manera directa o bien por medio de representantes, y se compromete a protegerlo y facilitarlo, promoviendo la participación en la elaboración, la prestación y la evaluación de sus políticas públicas con pleno respeto a los principios de pluralismo, libre iniciativa y autonomía.

3. Con el objetivo de incrementar el nivel de participación, el AMB se compromete a revisar y mejorar los canales y mecanismos que facilitan la intervención de la ciudadanía y los ayuntamientos en la gestión de sus asuntos, y ampliarlos ensayando y poniendo en práctica nuevas fórmulas participativas sustentadas en las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento.

4. El AMB velará para que esta cultura de transparencia y participación se incorpore a las prácticas y metodologías de trabajo de todos sus servicios y departamentos, y que se elabore y se publique de forma periódica y actualizada la información relevante acerca de sus actividades, relacionadas con el funcionamiento de los servicios públicos, de modo que se garantice su transparencia, seguimiento y control.

3. Previsiones del Plan de actuación metropolitano

El compromiso de administrar los recursos públicos y gestionar los servicios con transparencia, ofreciendo acceso a la información y los datos y vías a la participación, es, por otro lado, uno de los vectores definidores del AMB, expresado en el punto 04 del Plan de actuación metropolitano 2011-2015.

4. Obligaciones del AMB como administración responsable

En su condición de Administración titular de vínculos con personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, que prestan servicios públicos o que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico, el AMB debe hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones que la Ley establece. El apartado 2 del artículo 3 la hace responsable de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de transparencia que corresponde a estas personas y entidades privadas.

El texto de la disposición es, literalmente, el siguiente:

2. En los casos del apartado 1.d y e, el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente ley deberá hacerlo efectivo la Administración responsable. A tal efecto, las personas y entidades privadas deberán informar a la Administración de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, y de las actividades que queden dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal. Asimismo, deberán informarle de las retribuciones percibidas por los cargos directivos si el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa.

La utilización del concepto «Administración responsable» podría generar alguna duda, ya que es posible distinguir, en el relato, dos responsabilidades:

- La responsabilidad de la Administración que es competente para la prestación del servicio y que es, por tanto, responsable de su óptima prestación ante los ciudadanos.
- La responsabilidad de la Administración que es competente para obtener de las personas y entidades privadas prestadores de servicios la información necesaria para asegurar la transparencia.

Puesto que el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley de Transparencia debe hacerlo efectivo la Administración responsable de la prestación de los servicios de que se trate, ambas responsabilidades, una vez establecidas, recaen en la misma entidad.

Por lo tanto, quien debería obtener de las personas y entidades privadas prestadoras de servicios la información necesaria para asegurar la transparencia y lo tendrá que dar a conocer, con carácter permanente y actualizado, del modo que resulte más comprensible para las personas y por medio de los instrumentos de difusión que les permitan un acceso amplio y fácil a los datos y les faciliten la participación en los asuntos públicos, será, precisamente, la Administración que sea competente para la prestación del servicio, y el ciudadano será el beneficiario de ambas responsabilidades.

Bajo esta propuesta de interpretación en el segundo párrafo del punto 2 del preámbulo:

Sin embargo, dada la diversidad de las organizaciones administrativas y el hecho cada vez más extendido de que actividades públicas o de interés público sean desarrolladas por agentes privados, la Ley también amplía su ámbito de aplicación a las personas privadas que ejercen dichas actividades, sin perjuicio de que en estos casos el cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información se haga efectivo mediante las administraciones públicas responsables del servicio o de tutelarlas. Desde esta perspectiva privada, el ámbito de aplicación de la Ley se extiende también a las organizaciones, asociaciones y fundaciones cuyos ingresos provienen de forma significativa de subvenciones o ayudas públicas, así como a la regulación del Registro de grupos de interés con la finalidad de que los ciudadanos puedan identificar a las personas que actúan como tales y conocer las relaciones que tienen con la Administración en defensa de intereses concretos, así como las reglas éticas a las que deben ajustar su conducta.

Para afinar la interpretación, acudo, también, a la expresión (un poco más completa) que se utiliza en el punto 2 del artículo 60, cuando da respuesta a la pregunta de quién debe establecer indicadores para la elaboración de encuestas y consultas. Esta función se encomienda a «la Administración responsable del servicio».

El texto literal es el siguiente:

- 1. Los usuarios tienen el derecho a ser consultados periódicamente y de forma regular sobre su grado de satisfacción en cuanto a los servicios públicos y las actividades gestionadas por la Administración pública.*
- 2. La Administración responsable del servicio objeto de consulta debe establecer los indicadores de acuerdo con los que deben elaborarse las encuestas y la periodicidad de las consultas.*

Así pues, el AMB debe llevar a cabo las funciones de administración responsable en materia de transparencia con respecto a los servicios y las funciones en relación con los cuales a ley le asigna competencia para su prestación y desarrollo.

III. En cuanto a las personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas o que prestan servicios públicos comprendidos en la letra d del art. 3.1 de la Ley

En el apartado d del punto 1 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, encontramos dos categorías de personas a las que es de aplicación la Ley de transparencia:

- *Por un lado, las personas físicas o jurídicas diferentes de las que se relacionan en los apartados a, b y c que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, o que prestan servicios públicos.*
- *Por otro lado, las personas físicas o jurídicas que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico.*

Las personas jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, o que prestan servicios públicos, incluidas en los apartados a, b y c del apartado 1 del artículo 3, son las siguientes: la Administración de la Generalitat y los entes de la Administración local de Cataluña, los organismos y entes públicos, las sociedades con participación mayoritaria o vinculadas, las fundaciones del sector público, las entidades de derecho público dependientes o vinculadas con las administraciones citadas, las entidades de derecho público que actúan con independencia funcional o con una autonomía especial reconocida por ley que ejercen funciones de regulación o supervisión externa sobre un determinado sector o actividad, las instituciones de la Generalitat a las que hace referencia el capítulo V del título II del Estatuto de Autonomía, los colegios profesionales y las corporaciones de derecho público en lo que afecta al ejercicio de sus funciones públicas y los consorcios u otras formas asociativas y sus entes vinculados y sociedades mercantiles en que participa de manera mayoritaria alguna de estas administraciones, las universidades públicas de Cataluña y los entes que dependen de ellas, o están vinculados o participados, incluidas las sociedades mercantiles, las fundaciones y otros entes instrumentales.

Coherentemente, el apartado d tiene que referirse a las personas físicas o jurídicas diferentes de las mencionadas, que también ejercen funciones públicas o potestades administrativas, o que prestan servicios públicos.

1. Servicios públicos que son de la competencia del AMB

Con el fin de establecer cuáles pueden ser concretamente las entidades aludidas en el apartado 1.d, generadoras de la responsabilidad de transparencia

para el AMB, hay que identificar qué servicios públicos son de su responsabilidad y cuáles se prestan mediante sistemas de gestión indirecta.

El artículo 14 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, detalla las competencias y los servicios de los que el AMB es titular. Por el interés que esta relación ofrece a efectos del informe que nos ocupa, desglosaré sus funciones y servicios, que expongo seguidamente de manera esquemática:

- 1. Funciones en materia de urbanismo**
- 2. Funciones y servicios en materia de transporte urbano**
 - a. El servicio de transporte público urbano colectivo de viajeros en superficie, salvo el sistema tranviario.
 - b. El servicio de transporte público subterráneo de viajeros.
 - c. Las funciones públicas en la ordenación y la intervención administrativas del servicio de taxi.
 - d. Las funciones de aprobación del Plan Metropolitano de Movilidad Urbana.
 - e. Las funciones de coordinación y la gestión de los servicios complementarios de la movilidad que comportan el uso especial o privativo de la vía pública y la ordenación y la gestión del transporte de viajeros con una finalidad cultural y turística, por delegación de los ayuntamientos.
 - f. La función de promoción del transporte sostenible.
- 3. Funciones y servicios en materia de aguas**
 - a. El servicio de suministro domiciliario de agua potable o el abastecimiento de agua en baja.
 - b. La gestión del agua, directa o indirecta.
 - c. La función de regular, previa autorización de la Comisión de Precios de Cataluña, los precios de las tarifas de agua.
 - d. El sistema público de saneamiento en alta y la depuración de aguas residuales, y también la regeneración de estas aguas para otros usos.
 - e. La función de coordinar los sistemas municipales de saneamiento en baja y, en particular, la planificación y la gestión integrada de la evacuación de aguas pluviales y residuales y de las redes de alcantarillado.
- 4. Funciones y servicios en materia de residuos**
 - a. El servicio de tratamiento, valorización y disposición de los residuos municipales y de los derribos procedentes de obras menores y de reparación domiciliaria.
 - b. La función de coordinar los sistemas municipales de recogida de residuos municipales.
 - c. El servicio de selección de envases.
 - d. El servicio de punto verde.
- 5. Funciones y servicios en materia de medio ambiente**
 - a. La coordinación y la formulación de un Plan de Actuación Metropolitano para la protección del medio ambiente, la salud y la biodiversidad, y de medidas de lucha contra el cambio climático, así como la formulación de una Agenda 21 metropolitana.

- b. La función de colaborar en la elaboración de los mapas de capacidad acústica y los mapas estratégicos de ruidos.
 - c. La función de emitir los informes ambientales establecidos por la legislación sobre intervención de la Administración ambiental en los procedimientos de otorgamiento de licencias ambientales municipales.
 - d. La función de colaborar con los municipios para programar las políticas de ordenación ambiental.
 - e. La función de promover la gestión de instalaciones públicas y privadas de energías renovables.
6. Funciones y servicios en materia de infraestructuras de interés metropolitano
 7. Funciones de vertebración territorial necesarias para la articulación, la conectividad, la movilidad y la funcionalidad del territorio, y actuaciones que hacen referencia básicamente a las infraestructuras y a la gestión de la movilidad, los parques, las playas, los espacios naturales, los equipamientos, las dotaciones, las instalaciones y los servicios técnicos, medioambientales y de abastecimiento
 8. Funciones y servicios en materia de desarrollo económico y social
 - a. Funciones de fomento de la actividad económica, promoción del empleo y creación de empresas en los campos de la industria, el comercio, los servicios y los recursos turísticos.
 - b. Funciones de promoción de un plan estratégico metropolitano que favorezca la modernización, la investigación y la innovación.
 9. Funciones y servicios de cohesión social y territorial
 - a. Funciones de promoción de la implantación de políticas públicas comunes en materia de servicios municipales y de fomento de la cohesión social y territorial.
 - b. Participación en la Comisión de Seguridad del ámbito territorial correspondiente para fomentar políticas públicas en materia de convivencia ciudadana.

2. En relación con los prestadores de los servicios

Según el artículo 17 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, una de las determinaciones que el Consejo deberá tomar en relación con la prestación y el establecimiento de servicios es la forma de gestión que adoptará.

Con respecto a la planificación y programación, el artículo 15 de la citada ley se refiere al Plan de Actuación Metropolitano, que aprueba el Consejo Metropolitano, en el que se establecen los programas, los ejes, las actuaciones y las acciones que convengan para la prestación y el establecimiento de servicios metropolitanos. Los programas de actuación despliegan el Plan de Actuación y regulan la prestación y, en su caso, el establecimiento de los servicios metropolitanos.

En el Plan de Actuación Metropolitano 2011-2015, aprobado en julio de 2011, vemos que el Consejo Metropolitano ha concretado, operativamente, los objetivos funcionales y las medidas aplicadas en el desarrollo de las competencias otorgadas por la ley, así como las grandes líneas de actuación y los objetivos sectoriales. El Plan se estructura sobre la base de cinco áreas de gestión —Administración y Territorio, Transporte y Movilidad, Medio Ambiente, Desarrollo Económico y Planificación Estratégica— y la información se presenta recogida en dos apartados para cada área —una introducción referida a las competencias, líneas de actuación, objetivos sectoriales y misión; y los objetivos funcionales y las medidas.

En los casos en que el AMB ha optado por la gestión indirecta del servicio a través de un contrato de gestión de servicios públicos, los contratistas incurrirán en la casuística del apartado 1.d del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Como sujetos obligados por la legislación de transparencia, estos contratistas deben informar al AMB de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, a fin de que esta, en su condición de titular de la competencia y de administración responsable, haga efectivos los deberes de transparencia que les incumben.

3. En relación con los subcontratistas

Hay que tener en cuenta que el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, admite la subcontratación. En el artículo 227 prevé que el contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquella debe ser ejecutada directamente por el adjudicatario.

Interesa identificar si el vínculo que el subcontratista adquiere con la Administración confiere, a esta segunda, la condición de administración responsable a efectos de transparencia.

Respecto a la cuestión que nos ocupa, del artículo 227 del texto refundido destacamos que el adjudicatario está obligado a comunicar anticipadamente a la Administración y por escrito los siguientes datos:

- la intención de suscribir los subcontratos
- la parte de la prestación que se pretende subcontratar
- la identidad del subcontratista
- la justificación de la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación.

En el caso de que tenga la intención de suscribir subcontratos que se aparten de las previsiones de la oferta, el contratista debe abstenerse de subcontratar

mientras no cuente con el consentimiento de la Administración, o bien antes de que hayan transcurrido veinte días desde que le haya comunicado la intención de hacerlo, y aportar las justificaciones antes mencionadas (excepto en casos de urgencia).

El subcontratista queda obligado solo ante el contratista principal, quien asumirá, ante la Administración, la responsabilidad total de la ejecución del contrato de acuerdo con los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los términos del contrato. El conocimiento que la Administración tenga de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones o la autorización que otorgue no alteran la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

Se plantea la cuestión de si la «responsabilidad total» que el contratista asume ante la Administración, con liberación del subcontratista de sus obligaciones, se refiere únicamente a las obligaciones relativas a la ejecución del contrato o si se extendería, quizás, a las obligaciones relativas a la transparencia.

En cuanto al régimen legal, ya hemos visto que la Administración competente no puede ignorar quién es el subcontratista que presta servicios y cuál es el alcance de su prestación; en definitiva, no puede desentenderse de ello. Hay que acudir, también, a los principios rectores de la transparencia, que dan los criterios de interpretación.

La concepción del derecho a la transparencia como un derecho de la ciudadanía receptora de las prestaciones de servicios públicos, sea cual sea el agente que las desarrolla, y la interpretación de la legislación de contratos del servicio público de acuerdo con el principio de trazabilidad del proceso que se desprende de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dan lugar a la conclusión de que el subcontratista que preste servicios, cuya identidad la Administración competente para el servicio no puede ignorar, está directamente vinculado con la Administración responsable del servicio a efectos de la información que debe ser objeto de transparencia.

4. Conclusión en cuanto a la responsabilidad del AMB relativa al deber de transparencia de quienes ejercen funciones públicas o potestades administrativas, o que prestan servicios públicos

Hay que concluir que las personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas y que prestan los servicios a los que hace referencia el apartado d del artículo 3.1 de la Ley son las personas físicas y jurídicas contratistas y subcontratistas de la gestión de los servicios metropolitanos en materia de urbanismo, de transporte urbano, de aguas, de

residuos, de medio ambiente, de infraestructuras de interés metropolitano, de desarrollo económico y social y de cohesión social y territorial.

Estas personas físicas y jurídicas tienen la condición de sujetos obligados, a efectos de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y el AMB, en su condición de administración responsable de los servicios, es también responsable de hacer efectivas las obligaciones de transparencia de dichos sujetos obligados.

IV. En cuanto a las personas físicas o jurídicas que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico

Según la exposición de motivos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, una parte importante de la actividad financiera del sector público se canaliza a través de subvenciones, con el fin de dar respuesta, con medidas de apoyo financiero, a demandas sociales y económicas de personas y entidades públicas o privadas.

Asimismo, se añade que las subvenciones son una modalidad importante de gasto público y que, por tanto, deben ajustarse a las directrices de la política presupuestaria. Más adelante, la misma exposición de motivos aprecia que, gracias a la política de subvenciones, las necesidades de financiación del sector público se han reducido progresivamente con efectos dinamizadores sobre la actividad, el crecimiento y el desarrollo económico y la creación de empleo, y lo relaciona con la austeridad en el gasto corriente, y con una mejor selección de las políticas públicas en las que se pone el énfasis en las prioridades de gasto y en el incremento del control y de la evaluación.

Las personas físicas o jurídicas que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico tienen también la condición de sujetos obligados, a efectos de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

1. ¿A qué entidades subvencionadas se refiere la Ley 19/2014?

Una primera cuestión que se plantea es si la sujeción al régimen de transparencia del título II de la Ley 19/2014 comprende a las personas y entidades

que perciben cualquier subvención, sea cual sea la cuantía, o bien si hay alguna limitación al respecto.

La lectura del último inciso del apartado d del punto 1 del artículo 3 podría dar a entender que la obligación de transparencia incluye a todas las personas que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico, sea cual sea su cuantía y la proporción que suponga en su sistema de ingresos, pero lo cierto es que el apartado 4 del mismo artículo 3 matiza esta sujeción:

4. Las obligaciones de transparencia establecidas por el título II también son de aplicación a los partidos políticos, a las asociaciones y fundaciones vinculadas, a las organizaciones sindicales y empresariales y a las entidades privadas en los siguientes supuestos:

- a) Si perciben subvenciones o ayudas públicas de más de 100.000 euros anuales.*
- b) Si al menos el cuarenta por ciento de sus ingresos anuales procede de subvenciones o ayudas públicas, siempre que esta cantidad sea de más de 5.000 euros.*

2. Obligación de publicidad activa que incumbe a la administración que concede la subvención o ayuda pública

El deber de publicidad activa que incumbe al AMB en relación con las subvenciones que haya concedido se añade a la obligación que establece el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que es la de publicarlas en el diario oficial correspondiente con expresión de la convocatoria, el programa y el crédito presupuestario al que se imputen, el beneficiario, la cantidad concedida y la finalidad o finalidades de la subvención.

Puesto que se trata de una actividad del apartado a del punto 1 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, que no constituye el objeto de este informe, lo dejo solo apuntado.

3. Alcance de la obligación de transparencia para las entidades subvencionadas que son sujeto obligado

El principio de transparencia es citado en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, como inspirador del régimen de subvenciones. Lo vemos, en concreto, en el artículo 8.3.:

La gestión de las subvenciones a que se refiere esta Ley se ha de hacer de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.*
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.*
- c) Eficiencia en la asignación y la utilización de los recursos públicos.*

Con respecto a las obligaciones de información propias del régimen de subvenciones, hay que tener presente que, a las obligaciones que se relacionan con el control financiero y aquellas cuya función es hacer efectivo el control del fin, y que se rigen por la legislación sectorial —que interesan a la administración que ha otorgado la subvención—, se suman las derivadas del régimen de transparencia, que deben servir para hacer posible el control de la ciudadanía.

El artículo 15 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, contiene obligaciones específicas para el sujeto que ejerza la actividad subvencional. No me referiré a todas ellas, porque no corresponden al objeto de este informe, pero sí citaré las del apartado 2, porque de la descripción de la obligación de la Administración que concede la ayuda se desprende una obligación para la persona receptora de la subvención:

Las bases reguladoras de la concesión de subvenciones y ayudas públicas que puedan otorgarse por un importe superior a 10.000 euros deben incluir la obligación de los beneficiarios, si son personas jurídicas, de comunicar a los sujetos obligados la información relativa a las retribuciones de sus órganos de dirección o administración, al efecto de hacerlas públicas. En los supuestos legales en que no se aplique un proceso de concurrencia para otorgar las subvenciones o ayudas, esta obligación debe incluir el correspondiente acto o convenio.

Esta previsión concreta uno de los deberes que tienen las personas jurídicas que reciban una subvención superior a 10.000 euros: la obligación de comunicar a la Administración responsable —la entidad subvencionadora—, al efecto de que la haga pública, la información relativa a las retribuciones de sus órganos de dirección o administración.

V. Entidades aludidas en el apartado 1.e generadoras de la responsabilidad de transparencia para el AMB

El desarrollo progresivo de actividades públicas o de interés público por parte de agentes privados —que la exposición de motivos de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, menciona (me he referido a ello antes) y que el Estatuto de Autonomía de Cataluña detecta en el artículo 71.6, con la invitación a la administración a regular la participación del sector privado en la ejecución de las políticas públicas y la prestación de los servicios públicos— aparece reflejado en el apartado e del punto 1 del artículo 3, que confiere obligaciones de transparencia a las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal.

1. ¿Cuáles son los servicios de interés económico general?

Los servicios de interés económico general son actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y que están sujetos a obligaciones específicas de servicio público. Lo son las redes de transporte, de energía y de comunicación y los servicios postales.

Dado el lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión Europea, así como el papel que tienen en la promoción de la cohesión social y territorial, el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento, versión consolidada 2012/C326/01, ordena a la Unión y los Estados miembros que, de acuerdo con sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los tratados, velen para que dichos prestadores actúen de acuerdo con los principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo deben establecer estos principios y condiciones mediante reglamentos, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los tratados, para prestar, encargar y financiar estos servicios.

2. ¿Cómo se les aplican las normas de libre mercado y competencia?

La Unión Europea quiere garantizar que la competencia no se vea falseada en el mercado interior y vela para que a todas las empresas que operan dentro del espacio europeo se les apliquen normas similares. En el capítulo 1 del título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se establecen las bases de las normas comunitarias en materia de competencia. Según el apartado 2 del artículo 106, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal se someten a las normas de los tratados, especialmente a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de estas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que se les confía.

Así pues, las empresas que presten servicios de interés económico general solo quedarán sustraídas a las normas de la competencia cuando el cumplimiento de la misión específica que se les confía lo requiera, la competencia no resulte falseada y no se contraríen los intereses públicos.

3. La transparencia en el contexto de la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios

La prestación de muchos de estos servicios básicos o esenciales ha evolucionado, desde su configuración inicial de servicio público reservado a la Ad-

ministración, hasta la prestación por empresas privadas, en régimen de libre mercado, que predomina en la actualidad.

Sin embargo, la liberalización de la prestación de unas actividades consideradas esenciales no debe comportar la disminución de derechos y garantías para los usuarios.

Uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios que proclama el artículo 8 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, es el de obtener la información correcta sobre los servicios que se le ofrecen para facilitar el conocimiento sobre su uso, consumo o disfrute adecuados.

Los derechos relacionados con la prestación de servicios que se consideran básicos o esenciales en la vida cotidiana de las personas van adquiriendo cada vez más relevancia. Entre ellos figura el derecho de obtener la información correcta sobre los servicios que se le ofrecen.

El proceso de liberalización y privatización de actividades y de servicios públicos a que me he referido tiene como principal consecuencia que la Administración ya no es el único sujeto a quien el ordenamiento atribuye obligaciones de servicio público, sino que también lo son, por la actividad que desarrollan, determinados sectores económicos privados.

La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, se hace eco de ello y, a fin de favorecer el control por parte de la ciudadanía de las entidades prestadoras de servicios de interés general o universal, articula el deber de transparencia a través del control por la Administración que las supervisa.

VI. Alcance de la responsabilidad del AMB en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que la ley establece para las personas y entidades privadas vinculadas

Seguidamente, me referiré a las obligaciones del AMB en materia de responsabilidad por transparencia, es decir, con qué alcance y de qué manera el AMB debe hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece para las personas y entidades privadas que estén vinculadas con ella y que ejerzan funciones públicas, que gestionen servicios públicos y que perciban fondos públicos.

1. Distinción entre las obligaciones del sujeto obligado y las obligaciones de la Administración responsable

A los efectos de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, las personas físicas o jurídicas contratistas y subcontratistas de la gestión de los servicios metropolitanos que ejercen funciones públicas o potestades administrativas o prestan servicios públicos, y las personas que, en razón de que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico, tienen la condición de sujetos obligados. El cumplimiento de las obligaciones que la ley establece para ellas debe hacerlo efectivo la Administración responsable. Así lo prevé el apartado 2 del artículo 3 de la Ley.

Encontramos, pues, diferentes ámbitos de obligación, en función del sujeto obligado, que tienen su fuente en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre:

- A.** La obligación de las personas y entidades privadas del apartado 1.d de la Ley de informar a la Administración con la que están vinculadas, en relación con los siguientes datos:
 - a) Las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos.
 - b) Las retribuciones percibidas por los cargos directivos si el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa.
- B.** La obligación de la Administración responsable del servicio público de llevar a cabo la publicidad activa de acuerdo con las exigencias del capítulo II del título II.
- C.** La obligación de la Administración tutora de los servicios de interés general o universal.

En cualquier caso, la información que la Administración responsable obtiene de las entidades que están vinculadas a ella se inserta dentro del concepto de información pública que define el artículo 2.b de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre:

c) Información pública: la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los demás sujetos obligados de acuerdo con lo establecido por la presente ley.

2. Análisis de las obligaciones concretas de publicidad activa

Siendo que los instrumentos básicos y generales de gestión de documentos públicos para dar cumplimiento y efectividad a las obligaciones de transparencia son el Portal de la Transparencia y las sedes electrónicas o sitios web de las administraciones locales y el resto de administraciones y entidades

(artículo 5.5. de la Ley), la publicación de los documentos de que se trate es una responsabilidad de la Administración o entidad gestora de cada portal o web, con la particularidad de que un sistema completo de enlaces tiene que facilitar el acceso a las sedes electrónicas de las administraciones públicas o entidades correspondientes, hasta configurar una plataforma electrónica de publicidad activa en Internet.

Hay que preguntarse cómo se producirá, entonces, el acceso a la información procedente de las entidades del apartado d del artículo 3.1 de la Ley en esta plataforma, que, pese a estar interconectada, depende en último término de la Administración de la Generalitat, que es quien organiza y gestiona el Portal de la Transparencia.

El propio artículo 5 de la Ley da la respuesta: los sujetos a que se refiere el artículo 3.1.d y e deben cumplir sus obligaciones de transparencia en los términos establecidos en el artículo 3.2. Recordemos que en los casos del apartado l.d y e es la Administración responsable quien debe hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley.

Por tanto, la Administración responsable debe recopilar de las personas y entidades privadas la información de las actividades sometidas a transparencia. Las obligaciones de publicidad activa y de acceso a la información que la ley establece no son comunes a todas las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, de manera que será necesario determinar cuáles incumben a las entidades de los apartados d y e del artículo 3.1 de la Ley.

A tal fin acudiremos a lo que el propio texto legal establece, y ofreceremos criterios para discernir si las actividades están directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos. Las dudas que se plantean en cada caso deberán integrarse teniendo en cuenta la finalidad de la norma: hacer posible que los ciudadanos puedan evaluar la gestión del sistema de prestación de servicios públicos, de acuerdo con el principio de rendición de cuentas, ligado al principio democrático.

VII. Contenido de la obligación de publicidad activa en lo referente a las actividades de las entidades de los apartados d y e del artículo 3.1 de la ley

Para establecer el contenido de la obligación de publicidad activa, determinaremos cuál es la fuente, veremos cuáles son los límites y, seguidamente, analizaremos las diferentes materias en relación con las cuales existe un deber genérico de información, para comprobar si incluye la actividad de las entidades del apartado d y e de el artículo 3.1 de la Ley.

1. Fuente de las obligaciones de transparencia

A los efectos de calificar las obligaciones de las que hablamos, hay que tener presente que los deberes de transparencia de la actividad pública tienen su fuente en la ley; principalmente, en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, pero también en otros cuerpos legislativos.

La Ley prevé que la Administración responsable recuerde las obligaciones de transparencia a los sujetos obligados en los pliegos de cláusulas contractuales y en las bases de convocatoria de subvenciones o ayudas. Ahora bien, el deber de referirse expresamente a las obligaciones de transparencia de las personas contratistas o beneficiarias de la ayuda en el momento del inicio o perfeccionamiento del negocio jurídico contractual o de subvención no convierte en contractual una obligación que es legal.

Efectivamente, los apartados d y e del punto 1 del artículo 3 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, no vinculan las obligaciones de los contratistas y prestadores de los servicios públicos a lo previsto en los respectivos contratos, sino que las declaran vinculadas, con la condición de «sujetos obligados», en la medida en que prestan servicios públicos, que perciben fondos públicos o que despliegan actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal.

Este régimen jurídico no coincide con el de la Ley del Estado 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la cual, al referirse a las obligaciones de suministrar información de los adjudicatarios de contratos del sector público, se atiene a los términos previstos en el respectivo contrato.

2. Los límites

El apartado 2 del artículo 7 prevé que el principio de transparencia debe interpretarse y aplicarse en todos los casos de manera preferente. Cualquier limitación en la aplicación del principio de transparencia debe fundamentarse en un límite o una excepción expresamente establecidos por una norma con rango de ley.

Sin embargo, no es menos cierto que el apartado 1 del mismo artículo habla de los límites aplicables a las obligaciones de transparencia, en el sentido siguiente:

1. Los límites aplicables a las obligaciones de transparencia son los mismos que el título III establece para el derecho de acceso a la información pública, especialmente los relativos a la protección de datos de carácter personal.

Encontramos, en el artículo 21 de la Ley, los límites aludidos por el artículo 7.1.

1. El derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o la divulgación de la información comporta un perjuicio para:

a) La seguridad pública.

b) La investigación o la sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias.

c) El secreto o la confidencialidad en los procedimientos tramitados por la Administración pública, si el secreto o la confidencialidad son establecidos por una norma con rango de ley.

d) El principio de igualdad de las partes en los procesos judiciales o la tutela judicial efectiva.

e) Los derechos de los menores de edad.

f) La intimidad y los demás derechos privados legítimos.

g) El secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial.

2. El derecho de acceso a la información pública también puede ser denegado o restringido si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley.

3. Tiene la condición de protegida, en todos los casos, la información relativa a los menores de edad cuyo conocimiento o divulgación puede condicionar el libre desarrollo de su personalidad en el futuro. El acceso a la información puede ser denegado en este supuesto, salvo que se pueda garantizar el carácter anónimo, y sin perjuicio de lo que establecen los artículos siguientes.

El artículo 22 hace referencia a los principios que rigen el derecho de acceso a la información pública, que también deben tomarse en consideración en la interpretación de la obligación de transparencia. El apartado 1 cita el principio de proporcionalidad:

1. Los límites aplicados al derecho de acceso a la información pública han de ser proporcionales al objeto y la finalidad de protección. La aplicación de estos límites debe atender las circunstancias de cada caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso a la información.

En cuanto al carácter personal de alguno de los datos sometidos a publicidad activa, la aplicación analógica de las normas del capítulo III debe dar lugar a las siguientes matizaciones:

No son accesibles —y tampoco deben ser objeto de publicidad activa— los datos personales especialmente protegidos, como por ejemplo los relativos a la ideología, la afiliación sindical, la religión, las creencias, el origen racial, la salud y la vida sexual, y también los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no comporten la amonestación pública al infractor, salvo que el afectado consienta a ello (artículo 23).

El artículo 24.1, pese a que habla de los límites al derecho de acceso y, por extensión, al deber de transparencia, da una indicación muy útil en lo referente al ámbito que queda transparente. Efectivamente, el apartado 1 del artículo 24 dice que:

1. Se debe dar acceso a la información pública si se trata de información directamente relacionada con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la Administración que contenga datos personales meramente identificativos salvo que, excepcionalmente, en el caso concreto tenga que prevalecer la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos.

Es interesante comprobar que el carácter de la información es decisivo en la determinación de si es o no accesible: es accesible (y, por tanto, hay deber de transparencia) cuando la información de que se trate esté relacionada con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la Administración de manera directa.

3. Informaciones sujetas a transparencia

El apartado 2 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, después de establecer que, en los casos del apartado 1.d y e, el cumplimiento de las obligaciones de transparencia debe hacerlo efectivo la Administración responsable, se refiere de manera genérica a los datos que las personas y entidades privadas han de comunicar a la Administración.

El apartado 2 del artículo 6 afirma que las obligaciones de transparencia establecidas son mínimas y generales, y se entienden sin perjuicio de aquellas que las leyes puedan establecer de una manera más detallada y específica.

En cualquier caso, los sujetos obligados deben difundir la información pública de interés general de una manera veraz y objetiva, de forma constante y en actualización permanentemente, organizada de modo que sea fácilmente accesible y comprensible, ordenada temáticamente y cronológicamente, y hacer uso de medios informáticos comprensibles interoperables y reutilizables.

El artículo 8 de la Ley recoge una relación abierta, no exhaustiva, de las informaciones sujetas a su régimen. Se trata de materias en relación con las

cuales los sujetos obligados deben suministrar la información que sea congruente con la finalidad de conocimiento prevista en cada caso, tal como aclara el apartado 2 del artículo 8.

De acuerdo con el punto 1 del artículo 8, a la lista de informaciones concretas sujetas al régimen de transparencia que están relacionadas desde el epígrafe a hasta el l, hay que añadir dos más, que son las de la letra m, que confieren a la relación un carácter esencialmente abierto:

- Cualquier materia de interés público.
- Las informaciones que sean pedidas con más frecuencia por vía del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Pese a que estas dos categorías tienen una cierta ambigüedad, no parece que tenga que haber demasiados problemas en la interpretación de la primera, ya que el concepto de interés público ha sido estudiado ampliamente y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. Efectivamente, el servicio de los intereses generales es el principio que fundamenta y justifica la actuación de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución. La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común lo ha desplegado en el artículo 3, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor el próximo día primero de octubre, lo desarrolla con más precisión.

En cualquier caso, en lo referente a la aplicación de este concepto al deber de publicidad activa que corresponde a las entidades de los apartados l.d y e del punto 1 del artículo 3 de la Ley, hay que entender que se concreta en el interés público inherente a la materia en relación con la que la Administración les haya atribuido las funciones encomendadas.

No será, quizás, tan sencillo delimitar qué informaciones se convertirán en materia objeto de transparencia por el hecho de que hayan generado más demanda con ocasión del ejercicio del derecho de acceso.

Una primera concreción que ayudará a la interpretación de esta norma es el carácter público que debe tener la información requerida. Efectivamente, no deberían entrar en el círculo de la transparencia todas las informaciones de cualquier género solicitadas con mayor frecuencia, sino solo aquellas que tengan la condición de información pública, dado que las peticiones a que se refiere son formuladas en ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Hay que tener presente que la información pública es, con arreglo al artículo 2.b de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, la que ha sido elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los demás sujetos obligados de acuerdo con la ley.

Una interpretación coherente y proporcionada de la Ley aconseja leer las dos casuísticas como parcialmente coincidentes: habría que considerar que la transparencia no afecta a las informaciones que no sean de interés público, incluso en el caso de que hayan sido solicitadas con mucha frecuencia.

Una segunda cuestión que se plantea es la previsión de que no todas las peticiones de acceso se resolverán afirmativamente. La Administración que las recibe debe valorar, primero, si son lo bastante precisas (si no lo son, tiene que asesorar y asistir al solicitante para que las concrete); tiene que someterlas a un trámite de admisión; tiene que derivarlas, en su caso; tiene que dar audiencia a los terceros interesados, si sus derechos o intereses pueden resultar afectados, y tiene que resolverlas, de acuerdo con la ley, en sentido estimatorio o desestimatorio, según corresponda.

Los principios de coherencia y de proporcionalidad aconsejan que, en relación con las materias que hayan despertado el interés mayoritario de las personas que ejerzan el derecho de acceso, se incluyan en el régimen de publicidad activa solo aquellas que hayan sido resueltas positivamente.

4. Efectos y consecuencias de un eventual incumplimiento

Para determinar el mecanismo con el que debe producirse el cumplimiento de las obligaciones de transparencia en el seno del AMB, debemos tener presente que en Cataluña la fuente de la obligación de transparencia de los contratistas y beneficiarios de ayudas es la ley y, por otro lado, que es a través de la Administración responsable como debe hacerse efectivo.

En la práctica, puede ocurrir que algunas de estas entidades cumplan diligentemente su obligación de informar a la Administración responsable de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, así como de las actividades de prestación de servicios de interés general que tengan bajo su supervisión y control, pero que otros se retrasen a la hora de facilitar los datos.

Las entidades que eventualmente incurran en demora en el cumplimiento de esta tarea deben ser, naturalmente, interpeladas a tal efecto por la Administración responsable. Con ocasión de la interpelación, la Administración responsable tiene que ser consciente de que el deber de transparencia en la actividad pública es una obligación legal, por más que sea útil e indicado que el contrato recuerde su obligación.

Por tanto, las personas físicas y jurídicas que, siendo sujetos obligados en virtud de los apartados d y e del punto 1 del artículo 3, incurran en incumplimiento de las obligaciones que establece el apartado 2 del artículo 3 —

decir, en los casos en que las entidades citadas no informen puntualmente a la Administración responsable con el alcance establecido en la Ley— pueden ser sancionadas por razón de infracción en materia de transparencia, de acuerdo con la tipificación de los artículos 77.1.b, 78.1. y 79 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre. Las sanciones están previstas en el artículo 84 y pueden ser no únicamente económicas, sino que podrían comportar, también, la suspensión temporal de poder contratar con la Administración y la inhabilitación temporal para ser beneficiarios de ayudas públicas.

En el caso de que la obligación legal de transparencia haya sido recogida en los pliegos de condiciones de la contratación o en el contrato, el eventual incumplimiento del deber también puede dar lugar a la incoación, tramitación y resolución de los expedientes previstas en la legislación de contratos del sector público para los casos de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Si se tratara de una subvención para cuya concesión la obligación de transparencia hubiera sido indicada en las bases aprobadas para su concesión o en el convenio, el eventual incumplimiento del deber legal de transparencia podría dar lugar, también, a las consecuencias propias del incumplimiento de las condiciones subvencionales.

Corresponde al AMB recordar a las entidades vinculadas cuáles son sus deberes en materia de publicidad activa e invitarlas a cumplirlos, no solo para ayudarlas a evitar las consecuencias que sufrirían si las desatendiesen, sino también —y sobre todo— para asegurar a la ciudadanía que podrá ejercer, a través de los mecanismos de transparencia, un control ágil y efectivo de la gestión pública.

VIII. Particularidades de la obligación de transparencia de las diferentes entidades y en relación con las diferentes materias

Puesto que, en su condición de contratistas de la Administración o de receptoras de subvención pública para finalidades concretas, el campo de actuación de las entidades privadas del apartado 1.d excederá, en muchos casos, el campo de la concesión administrativa o de la actividad subvencionada, hay que estarse al contenido literal de la norma, que es que las actividades empresariales que tienen que ser reportadas a la Administración vinculada son solo aquellas que estén relacionadas directamente con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos.

Si acudimos a los principios que inspiran la legislación sobre transparencia, llegaremos a la misma conclusión, ya que la información que se necesita

para que los ciudadanos conozcan la actividad pública y puedan exigir la rendición de cuentas y la responsabilidad en la gestión pública no es otra que la que hace referencia a la actividad de servicio que las empresas privadas despliegan por cuenta de la Administración o con su subvención.

Hay que entender, pues, que las «actividades» generadoras del deber de transparencia solo son aquellas que estén directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos.

Los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, se refieren a las materias concretas sujetas a transparencia, y en algunos de ellos se concreta cuáles de los sujetos obligados están comprometidos.

1. Transparencia en materia de organización institucional y estructura

El artículo 9, que trata de la transparencia en la organización institucional y la estructura administrativa, se configura como un deber de la Administración. Pese a que esta obligación no parece que sea directamente exigible a las entidades privadas del artículo 3.1.d, lo cierto es que les afecta indirectamente, ya que, para elaborar el documento que será objeto de la publicidad activa, la Administración debe proporcionar información de sus propias estructuras y de los organismos y entes públicos vinculados o dependientes, sociedades, fundaciones públicas y consorcios de los que forma parte.

Esta información, que deberá comprender la descripción de la organización, la identificación de los responsables, las funciones atribuidas, la relación de puestos de trabajo y la plantilla, las convocatorias y los resultados de los procesos de selección de personal, la relación de altos cargos y el acceso a procesos de formación y promoción, los convenios laborales y funcionariales, el catálogo de servicios, la creación, la participación y el funcionamiento de los entes públicos, las sociedades y fundaciones públicas, los consorcios y otras entidades vinculadas, canales de participación y los procedimientos participativos en trámite, las resoluciones en materia de incompatibilidades de los altos cargos y el número de liberados sindicales, tiene que completarse con una información directamente relacionada con las empresas contratistas de la Administración y las personas receptoras de subvenciones.

Efectivamente, el apartado h del artículo 9 impone a la Administración la obligación de dar transparencia a:

h. La relación de los puestos ocupados por personal adscrito por los adjudicatarios de contratos firmados con la Administración que, en virtud del contrato, realice una actividad, un servicio o una obra con carácter permanente en una dependencia o un establecimiento

público, así como el régimen de dedicación y el régimen retributivo de dicho personal y las tareas que realiza.

Esta es, pues, una materia en relación con la cual los contratistas del AMB tendrán que proporcionar información suficiente: el régimen de dedicación y el régimen retributivo y las tareas que lleva a cabo el personal que hayan adscrito a una actividad, un servicio o una obra con carácter permanente en una dependencia o un establecimiento público.

2. Transparencia en materia de decisiones y actuaciones de relevancia jurídica

De las materias objeto de transparencia que detalla el artículo 10, con seguridad, entre las decisiones y actuaciones de relevancia jurídica, habrá que publicar activamente —como mínimo— los datos relacionados con las entidades del epígrafe d del punto 1 del artículo 3 siguientes:

- La relación y valoración de los documentos que las entidades del apartado d del artículo 3.1 de la Ley hayan aportado a los procedimientos de información pública (artículo 10.d).
- Los actos administrativos, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas que puedan tener incidencia sobre el dominio público y en la gestión de los servicios públicos, y aquellos otros en que lo aconsejen razones de interés público especial (artículo 10.f), sin datos ni referencias personales.
- Las resoluciones judiciales definitivas que afecten a las personas obligadas al cumplimiento de la ley, por razón del ejercicio de las funciones y responsabilidades que les atribuye, en el caso de que estén implicadas entidades del apartado d del artículo 3.1 (artículo 10.h), sin datos ni referencias personales.
- Los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora y de los demás órganos consultivos que afecten de alguna manera a las entidades del apartado d de el artículo 3.1 o los servicios que presten (artículo 10.i), sin datos ni referencias personales.
- Los documentos relacionados con las entidades del apartado d del artículo 3.1 que, de acuerdo con la normativa aplicable, tengan que ser sometidos a un período de información pública durante la tramitación.

3. Transparencia en materia de gestión económica, contable, presupuestaria y patrimonial

La aclaración de qué obligaciones de transparencia del artículo 11 son de aplicación a las entidades de los epígrafes d y e del punto 1 del artículo 3 de la Ley requiere leer de manera integrada dicho artículo 11 y el último inciso del apartado 2 del artículo 3.

El apartado 2 del artículo 3 hace una declaración general de las obligaciones de transparencia que incumben a los casos del apartado 1.d y e, seguida de unas matizaciones, que exponemos a continuación.

Las personas y entidades privadas deben informar a la Administración de las siguientes actividades:

- a. Las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, así como de las actividades que queden dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal.
- b. Las retribuciones percibidas por los cargos directivos si el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa.

De hecho, no se puede decir que las retribuciones percibidas por los cargos directivos de las empresas en los casos en que el volumen de negocio vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supere la proporción establecida sean propiamente «actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos, la percepción de fondos públicos y el ejercicio de funciones públicas sometidas a supervisión y control».

Es por ello por lo que el apartado 2 del artículo 3 se ha referido a esta obligación de una manera no solo específica, sino, incluso, previa a abordar las obligaciones en materia de gestión económica, contable, presupuestaria y patrimonial.

Efectivamente, en el punto 1 del artículo 11 se relacionan las obligaciones de transparencia en la gestión económica y presupuestaria —una de las cuales, la b, se refiere a las retribuciones, indemnizaciones y dietas, las actividades y los bienes de los miembros del Gobierno, de los altos cargos de la Administración pública y del personal directivo de los entes públicos, las sociedades, las fundaciones y los consorcios, así como a las indemnizaciones que han de percibir al dejar de ejercer el cargo—, y en el punto 2 del mismo artículo 11 se citan los datos relativos a la gestión patrimonial que se tienen que hacer públicas.

Siendo que en el apartado 2 del artículo 3 se ha mencionado de manera expresa y destacada la obligación de transparencia referida a las retribuciones percibidas por los cargos directivos si el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa, y no se ha hecho ninguna mención al traslado a dichas sociedades de las obligaciones de transparencia de los apartados 1.a, c, d, e y f y del apartado 2.a y 2.b del artículo 11 de la Ley, opino que estas últimas no les serían, en principio, exigibles.

En definitiva, la obligación de comunicación del régimen de retribuciones, indemnizaciones y dietas equipara la condición de los cargos directivos de las empresas concesionarias a la de los cargos públicos cuando la Administración que les es clienta les proporciona más de una cuarta parte de los rendimientos.

Otra implicación para las empresas privadas concesionarias de la obligación de proporcionar información para que la Administración pueda cumplir el deber de transparencia en la gestión económica, contable, presupuestaria y patrimonial es la del caso en que entidades del apartado d del artículo 3.1 de la Ley sean concesionarias de servicios que gestionen o intervengan en el patrimonio del AMB; en este caso, dichas empresas han de proporcionar los datos económicos relativos a su gestión (artículo 11.2).

Es muy probable que el AMB necesite información de sus concesionarias cuando lleve a cabo las tareas de planificación y programación. Los planes y los programas anuales y plurianuales, de carácter general o sectorial, sobre directrices estratégicas de las políticas públicas y las auditorías internas y externas de evaluación de la calidad de los servicios públicos implicarán, seguramente, datos de las empresas concesionarias, que podrán recaudar a este efecto (artículo 12).

4. Transparencia en la gestión administrativa

En lo referente a la transparencia en la gestión administrativa, los artículos 13 y 14 se refieren a la que genera la contratación pública y la que generan los convenios de colaboración. Las obligaciones mínimas establecidas en ellos son imputables a la Administración.

Por lo tanto, pese a que muchas de las obligaciones que se desprenden de ello implicarán a las empresas contratistas, el sujeto obligado a las actuaciones de transparencia es la Administración responsable del servicio y la información que debe ofrecer con carácter mínimo ya estará, ordinariamente, en su poder, en su condición de Administración contratante.

5. Transparencia en la actividad subvencional

Una de las materias sometidas a la obligación de transparencia es la justificación o rendición de cuentas por parte de los beneficiarios de la subvención o ayudas otorgadas. Lo prevé el apartado e del punto 1 del artículo 15.

Se podría dar el caso de que la Administración no dispusiera de todas las justificaciones y rendiciones de cuentas que hayan satisfecho sus beneficiarios.

Esta es, pues, una información que los perceptores de subvenciones o ayudas deben suministrar a la Administración que se las ha concedido.

Antes me he referido a las previsiones que el artículo 15 hace en su punto 2, en el sentido de que las bases reguladoras de la concesión de subvenciones y ayudas públicas que se puedan otorgar por un importe superior a 10.000 euros deben incluir la obligación de los beneficiarios, si son personas jurídicas, de comunicar a los sujetos obligados la información relativa a las retribuciones de sus órganos de dirección o administración, a efectos de hacerlas públicas. En los supuestos legales en que no se aplique un proceso de concurrencia para otorgar las subvenciones o las ayudas, lo tiene que indicar el acto o el convenio correspondiente. Esta obligación, imputada en principio a la Administración concedente, contiene implícita la imposición al beneficiario, cuando sea persona jurídica, de informar cuáles son las retribuciones de sus órganos de dirección o administración, a fin de que la Administración responsable pueda publicarlas.

6. Concreción de la obligación de transparencia para las personas prestadoras de servicios de interés general o universal

Según el apartado e del punto 1 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, los deberes de los sujetos obligados son exigibles a las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal.

El tratamiento que el apartado 2 del mencionado artículo 3 hace de los deberes de transparencia de las personas que prestan servicios de interés general no es el mismo que el que prevé para las personas descritas en el apartado d. Efectivamente, las del apartado e están obligadas a la transparencia en relación con «las actividades que permanezcan dentro de la supervisión y el control de la Administración».

La supervisión y el control de la Administración sobre actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal determinará, pues, qué entidades se vinculan a efectos de transparencia y en qué campo de su actuación deben cumplir las obligaciones de publicidad activa.

En cualquier caso, lo que dispone el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, es de aplicación a las personas y entidades privadas prestadoras de servicios de interés general o universal que tengan un volumen de negocio, vinculado a actividades que lleven a cabo por cuenta de las administraciones públicas, que supere el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa. Estas personas deben informar a la Admi-

nistración responsable —la que tenga su control y supervisión— de las retribuciones percibidas por los cargos directivos.

IX. Conclusiones

La ciudadanía es la destinataria de las herramientas de transparencia que ofrece la Ley 19/2014, de 29 de diciembre. Se pretende que los ciudadanos conozcan la actividad pública y que participen en ella, para la preservación de sus derechos como usuarios y para que puedan controlar la gestión de los recursos públicos. Se trata de conseguir que la información pública que llegue al ciudadano sea de calidad, y que la rendición de cuentas y la responsabilidad en la gestión pública queden garantizadas.

La Ley de Catalunya 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, califica legalmente como sujetos obligados a las personas jurídicas privadas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, para proporcionar información en determinadas materias que serán objeto de publicidad activa a través de la Administración que sea responsable de ellas. Se trata de unas obligaciones de transparencia más intensas que las que prevé la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre.

El Área Metropolitana de Barcelona posee la condición de administración responsable en materia de transparencia respecto a las entidades que prestan servicios y desarrollan funciones en relación con las cuales tiene atribuida competencia, y respecto a las que reciben subvenciones y ayudas de la propia AMB. También lo es respecto a las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo actividades calificadas como servicios de interés general o universal que estén bajo su control y supervisión.

Las personas físicas y jurídicas contratistas y subcontratistas de la gestión de los servicios metropolitanos en materia de urbanismo, de transporte urbano, de aguas, de residuos, de medio ambiente, de infraestructuras de interés metropolitano, de desarrollo económico y social y de cohesión social y territorial son sujetos obligados, a efectos de la Ley 19/2014, y tienen que cumplir sus deberes de publicidad activa a través suyo. La obligación de información recae sobre las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, y sobre las retribuciones percibidas por los cargos directivos en los casos en que el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa.

Los perceptores de subvenciones y ayudas del AMB de cuantía superior a 100.000 euros anuales y también los de cuantía superior a 5.000 euros cuan-

do dicha cantidad supere el cuarenta por ciento de sus recursos deben informar a la Administración concedente de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos. En cualquier caso, cuando las ayudas superen los 10.000 euros los beneficiarios que sean personas jurídicas deben comunicar las retribuciones de sus órganos de dirección o administración, al efecto de hacerlas públicas.

Las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal que estén bajo la supervisión y el control del AMB también tienen que cumplir con el AMB sus deberes de transparencia, que se concretarán en lo que haga referencia a la parte de su actividad que corresponda dentro de la supervisión y el control de la Administración metropolitana. En cualquier caso, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, las personas y entidades privadas prestadoras de servicios de interés general o universal que tengan un volumen de negocio vinculado a actividades que lleven a cabo por cuenta de las administraciones públicas superior al veinticinco por ciento del volumen general de la empresa, deben informar a la Administración responsable de las retribuciones percibidas por los cargos directivos.

En los casos estudiados, el deber de transparencia no se satisface de manera directa, sino a través de la Administración responsable. Los campos y aspectos de la actuación privada que deben ser objeto de la información son los que la Ley delimita en sus disposiciones, con los límites que convienen a la protección de la seguridad pública, la investigación de las infracciones, la confidencialidad de determinadas materias, la igualdad de las partes en los procesos judiciales, los derechos de los menores de edad, la intimidad y los demás derechos privados legítimos, el secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial. Hay que tener en cuenta que la relación de materias objeto del deber de transparencia no es cerrada, sino abierta, enmarcada siempre en el interés público y determinada en cada caso en función de la información que sea adecuada y congruente con la finalidad de conocimiento prevista.

En definitiva, la ciudadanía como referente y el principio democrático como inspirador tienen que servir para interpretar las disposiciones de la legislación catalana reguladora del derecho de transparencia.

“Los paraísos fiscales son el cielo. También preocupan a todos los que quieren un mundo más verde, más justicia social y un reparto más equitativo de la carga tributaria” Susan George

“El mundo, el mundo que conocemos, está en peligro de muerte. Puede perecer por la injusticia social y económica, o por la injusticia ecológica. No podemos permitirlo. Hemos de abrir un nuevo camino, necesitamos una visión constructiva para edificar un nuevo futuro” Stephane Hessel

“La comunicación de las cosas que han de ser comunicadas no puede evitarse. No se trata de encontrar ningún medio” Nasrudin (Maestro sufi)

“Para avanzar hay que conocer los disfuncionamientos de los funcionamientos”

Simone Veil

“Si se quiere el poder, hay que aceptar la responsabilidad, y los actos tienen consecuencias” Margaret Atwood

“Nada hay en el mundo entero más blando y débil que el agua; no obstante, nada como ella para erosionar lo duro” Lao Tse



Playa de Montgat
© KIM MANRESA

Análisis jurídico de las posibilidades de remunicipalización de servicios de interés general, desde una óptica de competencia

Stefan Rating y Yolanda Martínez Mata

1. Introducción y contextualización

Este artículo tiene por objeto analizar la compatibilidad de las decisiones de remunicipalización de servicios públicos locales con la normativa de defensa de la competencia, europea y nacional.

En el año 2014 el legislativo catalán adoptó la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley de transparencia). Con arreglo a su artículo 3.1 y de manera relevante a los efectos de este estudio, la Ley de transparencia es de aplicación a la Administración local (apartado a); a las personas físicas o jurídicas que ejerzan funciones públicas o potestades administrativas, que presten servicios públicos o que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico (apartado d), y a las personas físicas o jurídicas que realizan actividades calificadas legalmente como servicios de interés general o universal (apartado e).

En los dos últimos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley de transparencia debe hacerlo efectivo la Administración responsable. A tal efecto, las personas y entidades privadas deben informar a la Administración de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, así como de las actividades que queden dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal (artículo 3.2).

En otras palabras, la Ley de transparencia quiso dejar claro que cualquier entidad y/o sociedad que gestionara un servicio de interés general estaba sometida a ella, con independencia de su presupuesto y/o volumen de facturación y con independencia de su configuración jurídica. El hecho de emplear una figura societaria u organizativa u otra no implica la falta de sujeción a la Ley

de Transparencia y es fundamental que, en cualquier caso, exista una separación contable clara si confluye la gestión de servicios de interés general con el ejercicio de otras actividades de naturaleza privada.

Dentro de este marco normativo, se creó la Agencia de Transparencia del AMB en el año 2015 como servicio potenciador de la transparencia y el buen gobierno, con la misión de ser un instrumento al servicio del AMB, entidades vinculadas y prestadoras de servicios que promueva la transparencia y el buen gobierno como un proceso integrado a lo largo del ciclo de gestión de la actividad pública metropolitana. Un decreto de Presidencia del AMB, de fecha 14 de diciembre de 2015,¹ le asignó las siguientes funciones:

1. Promover el cumplimiento de las normas sobre transparencia, derecho de acceso y buen gobierno y colaborar en ello de manera especializada.
2. Coordinar todas las acciones e iniciativas a la transparencia, derecho de acceso y buen gobierno, tanto interna como externamente.
3. Promover la investigación y la formación permanente en transparencia, derecho de acceso y buen gobierno como modelo metropolitano de gobernanza. Garantizar la especialización permanente en el tratamiento de la información en el Portal de Transparencia y elaborar los materiales con criterios de lenguaje accesible, fácil comprensión, máxima información, bajo el principio de rendición de cuentas.
4. Gestionar el Portal de Transparencia en coordinación con los servicios informáticos de la web corporativa.
5. Proponer la elaboración de protocolos e informes para el desarrollo de la ley, especialmente para garantizar el derecho de acceso a la información, y colaborar con ella.
6. Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley de transparencia en lo referente a los grupos de interés.
7. Promover la creación del Consejo Asesor de Transparencia Metropolitana.
8. Promover la aprobación del código de conducta de altos cargos de la AMB.
9. Promover el establecimiento de indicadores de transparencia y buen gobierno en los procesos de evaluación.

Todas estas funciones se refieren tanto al AMB como a sus entidades vinculadas.

La Agencia de Transparencia del AMB desarrolla estas funciones siendo consciente de la necesidad de construir una nueva cultura de transparencia conforme a los retos que plantea la legislación existente. Es por ello por lo que la Agencia prioriza una metodología transversal y participativa que permite un empoderamiento colectivo y poner en valor la contribución de todos los trabajadores públicos en esta tarea.

Uno de los instrumentos principales para la ejecución de las funciones de la Agencia es la formación continuada. Es dentro de esta vertiente formativa que la Agencia quiere dar a conocer el estado de la cuestión de la compatibilidad

de las decisiones de remunicipalización de servicios públicos locales con la normativa de defensa de la competencia, europea y nacional.

La finalidad es hacer difusión de estas conclusiones para que todas las entidades vinculadas al AMB, a quien la Agencia presta sus servicios, puedan valorarlas y tomar las decisiones que correspondan.

La remunicipalización de los servicios públicos es una cuestión que actualmente es objeto de un intenso debate.² Por un lado, cada vez se van levantando más voces autorizadas que apunten a la recuperación de la gestión de servicios públicos directamente por parte de los entes locales como una alternativa más eficiente, más sostenible y más adecuada a los objetivos de interés público que no su gestión indirecta mediante operadores privados. Por otro lado, las últimas reformas operadas a la normativa reguladora de los servicios públicos locales se han ocupado de enfatizar la importancia de respetar criterios de eficiencia en la actividad económica de los entes locales.

Dentro de este debate y con la evidente intención de valorar las diferentes alternativas de actuación dentro del marco jurídico de aplicación, el AMB nos traslada su interés por disponer de un análisis jurídico en profundidad sobre la viabilidad de estas alternativas de remunicipalización desde la perspectiva del derecho de la competencia. Con esta finalidad, el presente artículo se divide fundamentalmente en dos secciones: (I) la primera resume el marco normativo de aplicación, distinguiendo entre la regulación comunitaria de los servicios de interés económico general (SIEG) y la regulación que internamente se ocupa de delimitar los requisitos de prestación y gestión de los servicios públicos locales; y (II) la segunda se dedica a analizar las cuestiones de competencia que una autoridad local debe tener en cuenta para remunicipalizar un servicio público. Después de este análisis, aportamos un resumen de nuestras conclusiones.

Hay que dejar claro desde el principio que el análisis encargado se centra en los aspectos del derecho de la competencia que suscitan las decisiones de remunicipalización de servicios públicos locales. Por tanto, como ya hemos apuntado, este análisis comportará el estudio de la normativa reguladora de los servicios públicos locales, tanto desde la perspectiva europea, como desde la perspectiva estatal, nacional y local. En cambio, otros aspectos que puedan estar vinculados a una decisión de remunicipalización pero que no tengan relación directa con cuestiones de competencia y libre mercado (p. ej., cuestiones laborales, fiscales o indemnizadoras) quedarán fuera del alcance de este estudio.

Este análisis se nos encargó en dos etapas: se nos pidió un primer borrador ejecutivo en el que teníamos que resumir las principales conclusiones de nuestro estudio, con el fin de entregar posteriormente una versión más amplia que pudiera incluir (I) los detalles normativos y jurisprudenciales que sustentan

nuestra opinión, y (II) eventuales comentarios del AMB respecto a la necesidad de un desarrollo posterior de aspectos concretos del análisis.

La Agencia de Transparencia del AMB recibió el borrador ejecutivo el 20 de marzo de 2017. A raíz de esta primera entrega, se celebró una reunión con la Agencia el 7 de abril de 2017, que compartió las primeras reflexiones sobre las conclusiones y puso de manifiesto los aspectos del estudio que tendrían que ser objeto de un ulterior desarrollo.

El presente artículo incluye aquellas reflexiones y constituye, pues, la versión completa del encargo.

2. Régimen jurídico aplicable a la gestión de los servicios públicos locales: breve resumen de las principales previsiones normativas desde la perspectiva europea y desde la perspectiva interna

2.1. Perspectiva europea: los servicios de interés económico de acuerdo con la normativa de la Unión Europea

El artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) coloca a los SIEG³ entre los valores comunes de la Unión y les atribuye un papel capital en la promoción de la cohesión social y territorial. Por su parte, el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que:

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

No obstante, la definición de los SIEG³ y el establecimiento de los límites del concepto no están exentos de controversia y, de hecho, han sido objeto de una abundante jurisprudencia comunitaria. El motivo fundamental es que el artículo 106.2 TFUE incluye los SIEG, en principio, en el ámbito de aplicación de la normativa de competencia, salvo que hacerlo sea incompatible con la misión de interés público que se persiga.

Por tanto, la definición de los límites de lo que es o no es un SIEG y de las misiones de interés público que cumple resulta esencial para garantizar que

no hay un amplio margen de discreción para los Estados miembros para excluir ciertas actividades de naturaleza económica de un ámbito esencial de la construcción comunitaria: el derecho de la competencia.

Dada su relevancia, veamos, concretamente, los términos del artículo 106.2 TFUE:

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sujetas a las normas de los Tratados, 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.

El precepto incluye una fórmula de compromiso entre el espíritu liberalizador de los tratados fundacionales de la construcción europea y la voluntad de los Estados miembros de mantener un cierto control sobre sus servicios públicos. El concepto de «servicios de interés económico general» ha sido objeto de un debate extenso y se ha destacado su semejanza —no identidad— con el concepto de «servicio público» internamente, aceptando que el precepto del TFUE incluye también actividades privadas que son de una importancia esencial para la comunidad.⁴

Sin ánimo de entrar en este artículo en un análisis detallado de los diversos conceptos incluidos al precepto, basta con señalar los siguientes aspectos relevantes:

- El artículo 106.2 TFUE se refiere a «servicios de interés económico general» y, por tanto, quedan excluidas las actividades que pueda gestionar el sector público —por sí mismo o encargándolas a un tercero— que no tengan contenido económico (p. ej., justicia, policía, seguridad social, etc.) y/o que no respondan a un interés general (p. ej., tradicionalmente, los monopolios sobre la comercialización del tabaco o el juego).
- Más allá de los límites anteriores, la determinación de las actividades que constituyen servicios de interés económico general corresponde a los diferentes estados miembros y la intervención de las instituciones comunitarias solo se produce en caso de error manifiesto.⁵
- Por lo tanto, no se trata de un concepto homogéneo de derecho de la Unión Europea, sino que pueden existir divergencias en él en función de los diversos intereses que las autoridades públicas de uno u otro Estado miembro consideren dignas de protección.⁶
- Corresponde a la Comisión Europea, con arreglo al artículo 106.3 TFUE, comprobar si los Estados miembros respetan los límites del artículo 106.2 TFUE o abusan de manera incompatible con otras disposiciones de los tratados (particularmente, las disposiciones sobre ayudas públicas).

La delimitación de las fronteras entre lo que es un servicio público local exento de la normativa de competencia —incluida la normativa de ayudas públi-

cas— y lo que no lo es fue objeto de un importante desarrollo jurisprudencial a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente y en adelante, TJUE) en el asunto *Altmark*.⁷ Esta sentencia estableció las siguientes pautas para garantizar que la empresa encargada del servicio no recibía una compensación excesiva que pudiera constituir una ayuda pública incompatible con el TFUE (párrafos 89 a 93 de la sentencia *Altmark*):

- 1) La empresa que recibe la compensación económica⁸ tiene que ser efectivamente la encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, y estas obligaciones deben haber sido definidas claramente.
- 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben haber sido establecidos previamente de forma objetiva y transparente.
- 3) La compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable para la ejecución de dichas obligaciones.
- 4) Cuando la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no haya sido elegida mediante un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria deberá haber sido calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa mediana, bien gestionada y adecuadamente equipada para 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 dichas obligaciones.

Estos cuatro criterios siguen siendo hoy en día el parámetro básico de referencia para evaluar si la actividad que gestiona —particularmente en cuanto a los recursos económicos necesarios para llevarla a cabo— el ente local es efectivamente un SIEG excluido de la normativa de competencia o si se está utilizando este concepto inadecuado o excesivamente según las reglas del TFUE.

Para una visión más detallada de la normativa aplicable a los SIEG, nos remitimos a la recopilación bibliográfica que incorporamos a este artículo como **Anexo**.

En todo caso, antes de entrar a analizar la normativa interna de aplicación, hay que mencionar un último aspecto de la regulación comunitaria que puede tener incidencia en el objeto de este estudio, como son algunos de los acuerdos de libre comercio firmados por la Unión Europea con terceros Estados. A modo de ejemplo, el recientemente firmado acuerdo de libre comercio con Canadá (acuerdo CETA)⁹ incluye algunas previsiones sobre la protección de las inversiones de los nacionales de la otra parte (artículos 8.10 y 8.12) y, de manera más relevante, la denominada cláusula ratchet, según la cual el nivel de liberalización alcanzado en un sector determinado no tendría nunca que volver atrás (artículo 8.15.3).¹⁰

El alcance de la denominada cláusula ratchet ha sido objeto de controversia, dado que no está claro si incluiría o no los servicios de interés general, aunque hubieran sido objeto de reserva expresa por parte de los Estados miembros en los anexos I y II del acuerdo CETA.¹¹ Pese a que aún está por ver si el acuerdo CETA llegará a ratificarse y entrar en vigor, hay que decir que esta previsión normativa, si llegara a tener efecto, podría incidir en la eventual voluntad de remunicipalizar un servicio público en el ámbito local y habría que evaluar su compatibilidad en el caso concreto.

2.2. Perspectiva interna: los servicios públicos locales de acuerdo con la normativa española de aplicación

A efectos del presente estudio, resultan particularmente relevantes tres preceptos constitucionales: (I) el artículo 31.2 CE, que indica que el gasto público debe responder a los criterios de eficiencia y economía; (II) el artículo 103 CE, que indica que toda actuación de la Administración pública tiene que servir un interés general y adecuarse a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la ley y al derecho, y finalmente (III), el artículo 128.2 CE, que literalmente prevé lo siguiente:

2. 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 de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

A partir de estas previsiones constitucionales y en referencia a las administraciones municipales, la normativa básica estatal reguladora de estas entidades es la que da las pautas para la gestión de los servicios públicos locales. En este sentido, hay que destacar las siguientes normas de ámbito estatal:¹²

– Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

Los artículos 25 y 26 de la LBRL enumeran los servicios que deben prestar¹³ y/o las actividades económicas que pueden ejercer las administraciones municipales. A su vez, los artículos 85 y 86 de la misma norma se ocupan de determinar los requisitos y modalidades de gestión de dichos servicios y/o actividades económicas.

Es importante destacar que, después de las últimas reformas de esta normativa, la reserva de ley de determinadas actividades en favor de los entes locales —y, consecuentemente, la posibilidad (no obligación) de prestar estas actividades en régimen de monopolio, excluyendo la iniciativa privada— incluye los siguientes servicios: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; transporte público de viajeros; y otros servicios que puedan determinarse mediante la normativa estatal o autonómica con rango de ley (artículo 86.2 de la LBRL).¹⁴

- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL).

Los artículos 88 y siguientes del TRRL se refieren al régimen aplicable a las actividades y servicios de los entes locales. Es particularmente relevante el artículo 97 del TRRL, dado que establece los requisitos procedimentales para el ejercicio de actividades económicas por parte de los entes locales. El apartado 2 de este precepto indica que, para el ejercicio de actividades reservadas a los entes locales en régimen de monopolio, es necesario, entre otros, solicitar un informe preceptivo a la autoridad de competencia correspondiente.¹⁵

- Decreto del 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

Si bien se trata de una norma preconstitucional, lo cierto es que nunca ha sido derogada de manera expresa, y sus artículos 49 y siguientes se ocupan, precisamente, de los expedientes de municipalización de servicios, incluso en casos en que existiera previamente un régimen de gestión indirecta —hablaríamos, pues, a efectos de este estudio, de remunicipalización. En concreto, el artículo 52 del RSCL prevé el régimen aplicable al rescate de una concesión de servicio público cuando este servicio haya sido objeto de municipalización.

Es evidente, en cualquier caso, que estos artículos deben analizarse con cautela y que hay que interpretarlos en consonancia con el resto de normas de nuestro ordenamiento jurídico. Si esta consonancia resultara imposible, habría que entender, en aplicación de los principios de jerarquía normativa y posterioridad, que la norma concreta del RSCL ha sido objeto de derogación tácita.

Finalmente, en el ámbito catalán hay que destacar las normas siguientes también aplicables a la gestión de servicios públicos municipales:

- Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (DL 2/2003). El artículo 245.1 del DL 2/2003 indica:

245.1. Los servicios esenciales que han sido reservados por ley a los entes locales pueden prestarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio.

245.2. Si la prestación del servicio tiene que ser en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponde al pleno. La prestación en régimen de monopolio requiere, además, la aprobación del Gobierno de la Generalidad.

245.3. Para el ejercicio de los servicios esenciales reservados puede utilizarse cualquiera de las formas de gestión establecidas por la ley.

245.4. El ejercicio en régimen de monopolio supone, si es necesaria la expropiación, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectos al servicio.

Sin embargo, ningún otro precepto del DL 2/2003 precisa cuáles son estos servicios esenciales. Esta relación en su día fue objeto de concreción regla-

mentaria —reproduciendo las previsiones anteriores de la normativa básica estatal—, pero, como se verá seguidamente, en la medida en que hace falta reserva de ley —es decir, se requiere una norma con rango de ley—, hay que entender que las previsiones reglamentarias citadas han quedado superadas por la actual legislación estatal del régimen local, de carácter básico.

- Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales (ROAS).

Los artículos 181 a 187 del ROAS se ocupan de la regulación aplicable a los llamados «servicios públicos esenciales reservados», servicios que, como se acaba de apuntar, el artículo 181.2 del ROAS sigue identificando con los que se preveían en la anterior legislación básica estatal (p. ej., abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, suministro de gas y calefacción, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros y servicios mortuorios), pero hoy en día hay que entender que están limitados a los contemplados en el artículo 86.2 de la LBRL en la versión actualmente vigente, después de las modificaciones de la Ley 27/2013.

En cuanto al régimen jurídico de estos servicios esenciales, el ROAS regula, por un lado, los requisitos procedimentales para su prestación en régimen de monopolio: memoria que justifique su conveniencia y oportunidad, aprobación por el Pleno de la Corporación por mayoría absoluta y aprobación por el Gobierno de la Generalitat (artículos 183 y 184); y por otro, los efectos de esta decisión con respecto a los bienes afectos al servicio y las eventuales necesidades de expropiación (artículos 185 y 186). Es importante destacar que el artículo 187 del ROAS indica expresamente que los requisitos procedimentales resultan aplicables también a las decisiones de remunicipalización; p. ej., cuando el servicio se venía prestando en régimen de libre competencia.

3. Análisis jurídico de las posibilidades de remunicipalización de un servicio público local de conformidad con la normativa vigente y desde una óptica de competencia

Como hemos visto en la sección anterior, la regulación actual que, de forma más o menos directa, incide en las posibilidades de remunicipalización de los servicios públicos locales es fragmentaria y dispersa, y no siempre ha sido debidamente actualizada en los últimos cambios legislativos. El objetivo de esta sección

es, pues, analizar la referida normativa, intentando sistematizarla de acuerdo con los objetivos de análisis jurídico que nos han sido encargados: la viabilidad de la remunicipalización de servicios locales desde una óptica de competencia.

A tales efectos, consideramos oportuno distinguir tres situaciones diferentes en que puede encontrarse un ente local a la hora de tomar una decisión que incide en la gestión de un servicio público y que tienen relevancia desde la perspectiva del derecho de la competencia. Se trata, por un lado, de dos decisiones que tienen una vinculación directa con las razones de interés público, eficiencia y sostenibilidad presupuestaria que tienen que sustentar la actuación del ente local: (I) la decisión sobre el régimen de prestación del servicio y (II) la decisión sobre cómo se gestiona el servicio. Por otro lado, el análisis no resultaría completo si no nos refiriésemos también a (III) factores exógenos a las decisiones sobre el modo de prestación y gestión del servicio y que tienen una vinculación directa con la existencia previa de un operador privado que viniera prestando el servicio y a las posibilidades de rescindir anticipadamente el correspondiente contrato.

3.1. La decisión municipal sobre el régimen de prestación del servicio: monopolio o libre competencia

Después de las últimas modificaciones legislativas, los entes locales únicamente disfrutaban de cierta libertad para decidir si un determinado servicio público se presta en régimen de monopolio o de libre competencia en relación con las actividades siguientes: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; y transporte público de viajeros. Podría ser que este listado se ampliara en el futuro mediante normas con rango de ley, pero en estos momentos son estas las únicas actividades que quedan cubiertas por el requisito de reserva de ley que deriva del artículo 128.2 CE.

En cualquier caso, la discrecionalidad de los entes locales respecto a la decisión de prestación de estos servicios en régimen de monopolio o de libre concurrencia no es absoluta, dado que la normativa de aplicación les impone diversos requisitos de tipo procedimental y sustancial. Veamos unos y otros a continuación.

3.1.1. Requisitos procedimentales para prestar un servicio público local en régimen de monopolio

Una sistematización de los requisitos procedimentales previstos en la normativa estatal y catalana de aplicación permite concluir que la decisión del ente local sobre la prestación de uno de los servicios públicos listados en el artículo 86.2 LBRL en régimen de monopolio requiere la observancia de los siguientes trámites procedimentales:¹⁶

- Acuerdo inicial de la Corporación para tramitar el expediente.¹⁷
- Memoria justificativa de la oportunidad y la conveniencia de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por exigencia del interés general.¹⁸ El análisis debe incluir una valoración de la sostenibilidad financiera y la rentabilidad del servicio, y de los efectos sobre la competencia de la decisión municipal, así como el correspondiente estudio de la oferta y la demanda existentes en el mercado.
- Toma en consideración de la memoria por el pleno y la exposición al público por un período de treinta días como mínimo, durante el cual se pueden presentar reclamaciones y alegaciones.¹⁹
- Solicitud de dictamen preceptivo pero no vinculante a la ACCO.²⁰
- Aprobación del expediente por parte del Plan de la Corporación por mayoría absoluta del número legal de miembros.²¹ La decisión puede apartarse de las recomendaciones efectuadas por la autoridad de competencia, pero será necesario motivar las causas de su desviación.²²
- Emisión de dictamen preceptivo, pero no vinculante, por parte de la Comisión Jurídica Asesora.²³
- Aprobación por parte del Gobierno de la Generalitat en el plazo de tres meses.²⁴ Transcurrido este plazo sin que se haya tomado ninguna decisión, se entiende desestimada la petición. La decisión del Gobierno tiene que versar sobre la conveniencia y la oportunidad del monopolio de la prestación del servicio, en relación con los intereses de la Generalitat.²⁵

3.1.2. Requisitos sustantivos para prestar un servicio público local en régimen de monopolio

Tal como se desprende del apartado inmediatamente precedente, la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio requiere un análisis previo de conveniencia y oportunidad, en el que se valoren tanto los efectos de la decisión en el mercado como la relevancia del interés público perseguido y las posibilidades de alcanzarlo manteniendo un régimen de competencia. Este análisis es efectuado en primer lugar por el propio ente local, que posteriormente pide su opinión a la ACCO, y por último tiene que ser objeto también de valoración por parte del Gobierno de la Generalitat. Son, pues, las tres instancias las que deben valorar cuidadosamente si el monopolio es realmente la mejor manera y la más eficiente de prestar el servicio.

La normativa no da pautas para el análisis, más allá de la propia exigencia de hacerlo y tener en cuenta los criterios de sostenibilidad financiera, eficiencia, oportunidad y conveniencia.

Por su parte, las autoridades de competencia recomiendan que siempre que se pueda prestar el servicio en régimen de libre competencia se evite la prestación en régimen de monopolio. Reconocen, no obstante, que no siempre la mejor opción es el libre mercado, dado que existen situaciones en el que este falla, porque es incapaz de ofrecer por sí mismo adecuadamente bienes

y servicios que son necesarios para la satisfacción de intereses públicos. La evaluación, por tanto, hay que hacerla caso por caso.²⁶

Un ejemplo del tipo de evaluación que requiere la autoridad de competencia lo encontramos en el informe de la ACCO sobre el servicio de abastecimiento de agua potable del municipio de Santa Maria d'Oló.²⁷ En este informe, la ACCO indicó que en la medida en que una reserva monopolística implica una importante restricción a la competencia, es importante que la autoridad municipal justifique adecuadamente la necesidad y la proporcionalidad de esta configuración del servicio, teniendo presentes los criterios de sostenibilidad y eficiencia que se vienen repitiendo.

En el caso concreto, la ACCO consideró que el Ayuntamiento de Santa Maria d'Oló no había justificado lo suficiente su decisión. La propia autoridad de competencia, sin embargo, cita algunos de los criterios que se habrían podido tener en cuenta para valorar la oportunidad de la decisión municipal, como por ejemplo el carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para su prestación o la consideración de monopolio natural de la actividad de abastecimiento domiciliario de agua potable.²⁸ Dicho de otro modo, la ACCO no negó la posibilidad de que en ciertas ocasiones pueda ser oportuna —e incluso justificada y deseable— la prestación del servicio público en régimen de monopolio, sino que solo indicó que en el caso concreto no se había justificado adecuadamente la decisión.

En sentido similar, pese a que con una conclusión diferente dada la mejor justificación de la decisión municipal, puede citarse también el informe reciente de la ACCO sobre el servicio de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término de Vidreres.²⁹ En este caso, la ACCO tuvo en cuenta uno por uno los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento en la memoria de establecimiento del servicio municipal en régimen de monopolio, que, resumidamente, se concretaban en los puntos siguientes: (I) las infraestructuras necesarias para la prestación del servicio serían en su totalidad de titularidad municipal; (II) prestar el servicio en régimen de monopolio sería la única manera de hacerlo de manera económicamente sostenible y eficiente; y (III) el servicio de abastecimiento de agua potable tenía el carácter de monopolio natural en el municipio de Vidreres.

En opinión del ACCO, el motivo (I) no justifica por sí mismo el establecimiento de un monopolio y el motivo (II) no se refiere al régimen de prestación (monopolio versus libre concurrencia), sino a la manera de gestionar el servicio (gestión directa versus gestión indirecta). En cambio, el motivo (III) lleva a la ACCO a la reflexión siguiente:

Tradicionalmente se han considerado, desde una óptica de competencia, varias situaciones en las que estaría justificado el establecimiento de un determinado servicio en régimen de monopolio (quedando, por lo tanto, vetada la entrada de operadores distintos al estable-

cido). Esto sucede, entre otros supuestos, en los sectores en que la estructura de mercado responde a un monopolio natural, como es el caso, precisamente, de la gestión del ciclo del agua. Se trata de casos caracterizados por la existencia de elevados costes fijos y en los que la prestación por un único operador (o pocos operadores) se considera más eficiente. Las infraestructuras y las redes (como es el caso del agua) son supuestos clásicos de monopolios naturales. [Nota al pie 8: «Además de los supuestos de monopolios naturales, existen otros casos en los que se ha considerado que no siempre la mejor opción es siempre el libre mercado; es el caso, por ejemplo, de las situaciones en las que existen fallos de mercado derivados, básicamente, de la existencia de determinadas externalidades o asimetrías informativas. Asimismo, puede suceder que sea imprescindible considerar determinados criterios de eficiencia a la hora de proveer determinados servicios.»].

Junto con el carácter de monopolio natural del servicio de abastecimiento de agua potable, existen otros motivos que también pueden tenerse en cuenta a la hora de considerar la conveniencia y oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio, como es el caso del carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para su prestación o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores.

Estas reflexiones de la ACCO, que en el caso concreto la llevaron a concluir que efectivamente estaba justificada la selección del régimen de monopolio, nos permiten extraer algunas conclusiones respecto al tipo de análisis que hace la autoridad de competencia en estos casos. No obstante, hay que tomar con cautela estas conclusiones, porque aún son escasos los supuestos que se han planteado a la autoridad y, por tanto, habrá que valorar cada caso concreto con detenimiento y estar alerta respecto a posibles nuevos informes de la autoridad de competencia. Así pues, con esta cautela, las conclusiones que, a nuestro parecer, se derivan de las reflexiones de la ACCO se concretan en:

- La carga de probar el carácter justificado de la prestación del servicio en régimen de monopolio recae en el Ayuntamiento, y esta tarea no se considera satisfecha con una mera referencia genérica a principios generales de eficiencia y sostenibilidad que no se demuestren en el caso concreto. De acuerdo con los pocos precedentes existentes, la ACCO requiere una justificación adaptada al caso concreto, debidamente explicada en la memoria justificativa de la oportunidad y la conveniencia de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por exigencia del interés general (vid. supra apartado 3.1.1).
- No obstante, la ACCO ha venido dando pautas orientadores en los municipios que tengan interés a prestar un servicio determinado en régimen de monopolio. Así pues, en supuestos referidos al abastecimiento de agua potable, la ACCO ha hecho referencia reiterada al carácter de monopolio natural de este servicio, pero también, recientemente, al carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para la prestación del servicio o a la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores.

- Es posible que alguno de los argumentos referidos al servicio de abastecimiento de agua potable sean trasladables a otros servicios públicos locales que la normativa permita prestar en régimen de monopolio. Sin embargo, visto el detalle con que la ACCO analiza las justificaciones municipales, conviene huir de los automatismos y considerar caso por caso si los argumentos se ajustan al servicio que se desea remunicipalizar. En cualquier caso, la ACCO ha apuntado algunos otros argumentos que también se podrán tener en cuenta en los análisis, como por ejemplo un eventual fallo de mercado derivado, básicamente, de la existencia de determinadas externalidades o asimetrías informativas, o el hecho de que sea imprescindible tomar en consideración determinados criterios de eficiencia a la hora de proveer de determinados servicios.

Finalmente, hay que decir que ni la normativa de aplicación ni las autoridades de competencia realizan ninguna distinción procedimental o sustantiva por el hecho de que la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio sea originaria (desde la creación o establecimiento del servicio) o derivada (después de haber prestado el servicio inicialmente en régimen de libre concurrencia).³⁰ Dicho de otro modo, no hay ninguna distinción entre la municipalización o la remunicipalización del servicio en lo que a la evaluación sustantiva que tiene que hacer la autoridad local a la hora de decidir prestar el servicio en régimen de monopolio.

3.2. La decisión municipal sobre la gestión del servicio: prestación directa o indirecta

Una vez se ha decidido si los servicios públicos listados en el artículo 86.2 LBRL se prestan en régimen de monopolio o de libre concurrencia, el ente local debe decidir también qué tipo de gestión, directa o indirecta, prefiere. Esta decisión es independiente de lo anterior y no viene predeterminada por ello.³¹ Por lo tanto, ni el monopolio excluye la participación de los operadores privados mediante mecanismos de gestión indirecta, ni la libre competencia excluye la gestión directa del servicio que presta el municipio en concurrencia con otros operadores.

Las formas de gestión directa incluyen la gestión por parte del mismo ente local o la gestión a través de un organismo autónomo local, una entidad pública empresarial local o una sociedad mercantil local con capital social íntegramente público. Las dos últimas alternativas han de ser subsidiarias de las primeras, salvo que aquellas sean más sostenibles y eficientes, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y de recuperación de la inversión.³²

Por su parte, la gestión indirecta de los servicios públicos se puede llevar a cabo mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos

del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos (es decir, concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta).³³

La normativa tampoco establece aquí una preferencia por un mecanismo de gestión del servicio público u otro, más allá de establecer la necesidad de gestionar el servicio de la manera más sostenible y eficiente posible. La decisión corresponde, pues, al ente local, dentro de su margen de discrecionalidad — no arbitrariedad— para optar por el modo de gestión que satisfaga mejor los intereses generales que persigue, respetando los principios de sostenibilidad, eficiencia y mínima distorsión del mercado.

Sin perjuicio de esta discrecionalidad, doctrinalmente se han apuntado los siguientes criterios que hay que tener en cuenta a la hora de optar por un tipo de gestión del servicio u otro desde una perspectiva respetuosa con la normativa de competencia:³⁴

- Número suficiente de oferentes en el mercado interesados en la prestación del servicio.
- Posibilidades de medir la calidad del servicio y viabilidad de que el servicio se financie mayoritariamente por parte de los usuarios.
- Posibilidad de asignar el riesgo al operador privado y controlarlo, en caso de optar por una forma de gestión indirecta.
- Existencia de costes elevados de entrada o costes hundidos, que puedan favorecer la perpetuación del operador privado preexistente.
- Posibilidad de conceder autonomía a un operador privado sobre los costes de la operación del servicio.
- Limitación de la posibilidad de realizar modificaciones contractuales.

El análisis de estas variables podría permitir una mejor aproximación a la decisión sobre la externalización o, por el contrario, la remunicipalización del servicio público. Cuantos más oferentes haya en el mercado, más fácil será configurar un servicio en el que el coste esté cubierto por el usuario, y cuantos menos costes hundidos existan, más recomendable será acudir a un mecanismo de gestión indirecta que permita la participación de un operador privado en la prestación del servicio.

En cambio, si la participación privada tiene que comportar un elevado riesgo de ineficiencias por la dificultad de control de las variables económicas de la prestación o por el riesgo de favorecer la perpetuación de un mismo operador con escasos incentivos para la mejora del servicio, la mejor opción será acudir a una de las formas de gestión directa.

En cualquier caso, en nuestra opinión, está claro que la decisión corresponde al ente local, a quien la normativa concede un amplio margen de discrecionalidad, dentro del respeto a los principios de eficiencia, sostenibilidad presupuestaria y mínima distorsión. Tampoco en este punto se pueden establecer

apriorismos que sirvan para todos los entes locales, porque la decisión dependerá de los recursos del municipio, de la oferta y la demanda existentes en aquel territorio en particular y, en cierta medida también, de razones de ideología y oportunidad política —dentro del respeto a los mencionados principios. En definitiva, será necesario un análisis caso por caso.³⁵

3.3. La decisión municipal sobre el momento adecuado para la remunicipalización: circunstancias exógenas a las razones de eficiencia o sostenibilidad presupuestaria de la decisión de remunicipalización

El artículo 246 DL 2/2003 establece que «Los entes locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, de acuerdo con lo que establece la legislación de régimen local y otras disposiciones aplicables». La disposición está en sintonía con el amplio margen de discrecionalidad que, según hemos ido diciendo, corresponde a los entes locales para las decisiones referidas a los regímenes de prestación y formas de gestión de los servicios públicos locales incluidos en la reserva de ley de El artículo 86.2 LBRL. La previsión parece también conforme a la normativa europea aplicable a los SIEG, que, como hemos visto en el apartado 2.1 anterior, prevé un amplio margen de discreción para su definición a manos de las autoridades nacionales regionales y locales.

Sin embargo, surge una legítima duda conceptual respecto a los límites de esta discrecionalidad cuando se constata que un servicio que se desea remunicipalizar lo venía prestando en régimen de gestión indirecta un operador privado, con el que el contrato está vigente.

La posibilidad de rescatar una concesión de servicio público está expresamente prevista por la normativa interna vigente.³⁶ No obstante, algunos autores³⁷ consideran que este rescate podría resultar contrario al artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE,³⁸ en la medida en que este precepto no prevé el rescate como mecanismo de resolución de la concesión y consiguiente reversión del servicio público al ente local. Así pues, según argumentan, el precepto podría vedar la posibilidad efectiva de remunicipalizar un servicio público local de los incluidos en el artículo 86.2 LBRL, cuando una concesión preexistente sigue vigente sin que exista ningún otro motivo de resolución.

El citado artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE, relativo a la resolución de los contratos de concesión, indica literalmente lo siguiente:

Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;
- b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;
- c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva.³⁹

Ciertamente, el precepto no incluye expresamente la posibilidad de rescatar la concesión, antes de la expiración del plazo concesional, por motivos de interés público que puedan justificar una decisión de remunicipalización del servicio.

Sin embargo, a nuestro parecer, el hecho de que el precepto no haga referencia expresa a esta posibilidad no debería implicar que una normativa nacional que sí que la prevea expresamente sea contraria a la directiva e incompatible, en definitiva, con el derecho de la Unión Europea. Los principales argumentos jurídicos que apoyan este posicionamiento son los siguientes:

- 1) El artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE no enumera todas las causas posibles de resolución de un contrato de concesión. No incluye, por ejemplo, los supuestos de incumplimiento del concesionario de las condiciones contractuales pactadas o la extinción de la concesión por finalización de la duración contractualmente fijada. Mientras que respecto al segundo ejemplo podría argumentarse que se trata de un supuesto de extinción y no de resolución, no sucede lo mismo con el primero, y es muy evidente que el ente contratante debe tener la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato en caso de incumplimiento.
- 2) Es perfectamente posible interpretar que el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE no enumera un listado tasado de supuestos de resolución de los contratos de concesión, sino que tiene únicamente el objetivo de asegurar que los Estados miembros garantizan legalmente que los tres supuestos previstos en el artículo permiten a los entes contratantes la resolución de la concesión.
- 3) Como se ha visto en el apartado 2.1 de este informe, el propio TFUE (artículos 14 y 106) y la CDFUE (artículo 36) atribuyen a los SIEG un papel capital en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión, y, de hecho, el protocolo núm. 26, anexo al TFUE, reconoce expresamente «el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general tan cercanos como sea posible a las necesidades de los usuarios».

Teniendo en cuenta que (I) todas estas normas tienen rango de derecho originario y, por tanto, son jerárquicamente superiores a cualquier directiva,

y (II) que las normas de derecho derivado deben interpretarse tanto como sea posible de conformidad con las previsiones del derecho originario —de hecho, si no fuese posible, el TJUE las acabaría declarando inválidas—, entendemos que antes de concluir que el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE invalida toda posibilidad de remunicipalización en caso de concesión vigente, habría que intentar interpretar el precepto en consonancia con las referidas normas de derecho originario.

- 4) En relación con el punto anterior, es perfectamente plausible imaginar un escenario en el que se decide el rescate del servicio público y se respetan al mismo tiempo los derechos del concesionario saliente, otorgándole la indemnización que legalmente corresponda por el tiempo de rescisión anticipada del contrato de concesión.

No nos parece que los derechos del concesionario respecto a los términos concesionales inicialmente pactados, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, tengan que prevalecer sobre el derecho del ente municipal a organizar sus servicios públicos de la manera que mejor responda al interés general del municipio y a los reiterados criterios de sostenibilidad y eficiencia. De otro modo, se estaría condenando a la Administración municipal —y a sus ciudadanos— a perpetuar hasta la finalización del plazo concesional una decisión inicial de gestión indirecta que con posterioridad haya resultado o devenido errónea, ineficiente, insostenible o inadecuada para la satisfacción de los referidos intereses generales.

En resumen, entendemos que el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE no se opone a una normativa nacional que prevé la posibilidad de rescatar una concesión de servicio público por razones de interés público y con el objetivo de pasar a gestionar directamente el servicio. Las autoridades nacionales, incluidas las locales, tienen un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar y prestar sus servicios públicos (SIEG, en la terminología europea) y, por tanto, dicho precepto tiene que interpretarse en consonancia con esta discrecionalidad.

Sin perjuicio de la indemnización que legalmente corresponda al concesionario de la gestión indirecta, entendemos, pues, que la decisión de remunicipalizar un servicio público local para pasar a prestarlo directamente cuando aún está vigente una concesión previa no es contraria al artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE, a condición de que la decisión municipal responda efectivamente a una valoración cuidadosa del interés general y los criterios de sostenibilidad y eficiencia a los que obliga la normativa de aplicación.

4. Conclusiones

Primera

El artículo 106.2 TFUE recoge una fórmula de compromiso entre el espíritu liberalizador de los tratados fundacionales de la construcción europea y la voluntad de los Estados miembros de mantener un cierto control sobre sus servicios públicos.

El concepto de «servicios de interés económico general» ha sido objeto de un debate extenso y se ha destacado su semejanza —no identidad— con el concepto de «servicio público» internamente, aceptando que el precepto del TFUE incluye también actividades privadas que son de una importancia esencial para la comunidad. Quedan excluidas del precepto, en cambio, las actividades que pueda gestionar el sector público —por sí mismo o encargándolas a un tercero— que no tengan contenido económico (p. ej., justicia, policía, seguridad social, etc.) y/o que no respondan a un interés general (p. ej., tradicionalmente, los monopolios sobre la comercialización del tabaco o el juego).

La determinación de las actividades que constituyen servicios de interés económico general corresponde a los diferentes Estados miembros y la intervención de las instituciones comunitarias solo se produce en caso de error manifiesto y/o en caso de abuso del concepto de manera incompatible con otras disposiciones de los tratados (particularmente, las disposiciones sobre ayudas públicas). Esta libertad de los Estados miembros respecto a la determinación de lo que es o no es un servicio de interés económico general consta expresamente reconocida, entre otras, en la Directiva de servicios, que excluye aplicar el régimen jurídico relativo a la libre prestación de servicios en el mercado interior a determinadas actividades expresamente referidas en su artículo 17.

Segunda

Internamente, los entes locales únicamente disfrutan de cierta libertad para decidir si un determinado servicio público se presta en régimen de monopolio o de libre competencia en relación con las actividades siguientes: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. Es posible ampliar esta lista mediante normas con rango de ley, pero en estos momentos son estas las únicas actividades que quedan cubiertas por el requisito de reserva de ley que deriva del artículo 128.2 CE.

En cualquier caso, la discrecionalidad de los entes locales respecto a la decisión de prestación de estos servicios en régimen de monopolio o de libre concurrencia no es absoluta, dado que la normativa de aplicación les impone diversos requisitos de tipo procedimental y sustancial.

Ni la normativa de aplicación ni las autoridades de competencia realizan ninguna distinción procedimental o sustantiva por el hecho que la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio sea originaria (desde la creación o establecimiento del servicio) o derivada (después de haber prestado el servicio inicialmente en régimen de libre concurrencia).

Dicho de otro modo, no hay ninguna distinción entre la municipalización o la remunicipalización del servicio en lo referente al tipo de evaluación sustantiva que debe efectuar la autoridad local a la hora de decidir prestar el servicio en régimen de monopolio.

Tercera

La carga de probar el carácter justificado de la prestación del servicio en régimen de monopolio recae en el Ayuntamiento, y esta tarea no se considera satisfecha con una mera referencia genérica a principios generales de eficiencia y sostenibilidad que no se demuestren en el caso concreto.

De acuerdo con los pocos precedentes existentes, la ACCO requiere una justificación adaptada al caso concreto, debidamente explicada en la memoria justificativa de la oportunidad y la conveniencia de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por exigencia del interés general.

No obstante, la ACCO ha ido dando pautas orientadoras a los municipios que tengan interés en prestar un servicio determinado en régimen de monopolio. Así pues, en supuestos referidos al abastecimiento de agua potable, la ACCO ha hecho referencia reiterada al carácter de monopolio natural de este servicio, pero también, recientemente, al carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para la prestación del servicio o a la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores.

Es posible que algunos de los argumentos referidos al servicio de abastecimiento de agua potable sean también trasladables a otros servicios públicos locales que la normativa permita prestar en régimen de monopolio. Sin embargo, visto el detalle con que la ACCO analiza las justificaciones municipales, conviene huir de los automatismos y considerar caso por caso, si los argumentos se ajustan al servicio que se quiere remunicipalizar.

En cualquier caso, la ACCO ha apuntado otros argumentos que también se podrán tener en cuenta en los análisis, tales como las situaciones en las que existan fallos de mercado derivados, básicamente, de la existencia de determinadas externalidades o asimetrías informativas, o el hecho de que sea imprescindible la toma en consideración de determinados criterios de eficiencia a la hora de proveer determinados servicios.

Cuarta

Una vez se ha decidido si los servicios públicos enumerados en el artículo 86.2 LBRL se prestan en régimen de monopolio o de libre concurrencia, el ente local debe decidir también qué tipo de gestión, directa o indirecta, prefiere. Esta decisión es independiente de la anterior y no viene predeterminada por esta. Por tanto, ni el monopolio excluye la participación de los operadores privados mediante mecanismos de gestión indirecta, ni la libre competencia excluye la gestión directa del servicio que presta el municipio en concurrencia con otros operadores.

La normativa tampoco establece aquí una preferencia por un mecanismo de gestión del servicio público a otro, más allá de exigir hacerlo del modo más sostenible y eficiente posible. La decisión corresponde, pues, al ente local, dentro de su margen de discrecionalidad —no arbitrariedad— para optar por el modo de gestión que mejor sirva a la satisfacción de los intereses generales que persigue, respetando los principios de sostenibilidad, eficiencia y mínima distorsión del mercado.

La decisión dependerá de los recursos del municipio, de la oferta y demanda existentes en aquel territorio en particular y, en cierta medida también, de razones de ideología y oportunidad política —dentro del respeto a los principios citados—. Será necesario, en definitiva, un análisis caso por caso.

Quinta

El artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE no incluye expresamente la posibilidad de rescatar la concesión, antes de la expiración del plazo concesional, por motivos de interés público que puedan justificar una decisión de remunicipalización del servicio.

Sin embargo, entendemos que el artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE no se opone a una normativa nacional que considere la posibilidad de rescatar una concesión de servicio público, antes de la expiración del plazo conce-

sional, por razones de interés público y con el objetivo de pasar a gestionar directamente el servicio. Las autoridades nacionales, incluidas las locales, tienen un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar y prestar sus servicios públicos (SIEG, en la terminología europea) y, por tanto, dicho precepto tiene que interpretarse en consonancia con esta discrecionalidad.

Sin perjuicio de la indemnización que legalmente corresponda al concesionario de la gestión indirecta, entendemos, pues, que la decisión de remunicipalizar un servicio público local para pasar a prestarlo directamente cuando aún está vigente una concesión previa, no es contraria al artículo 44 de la Directiva 2014/23/UE, con la condición de que la decisión municipal responda efectivamente a una valoración cuidadosa del interés general y los criterios de sostenibilidad y eficiencia a que obliga la normativa de aplicación.

Anexo documental

Normativa europea y otra documentación relevante en relación con el régimen jurídico de los servicios de interés económico general

Este Anexo no pretende ser una recopilación bibliográfica de toda la normativa, casuística y opiniones doctrinales utilizadas para la elaboración del presente estudio, dado que estas referencias se pueden encontrar en el propio cuerpo del artículo o en notas al final. Este Anexo, pues, tiene únicamente el objetivo de recopilar y facilitar el acceso a cierta documentación relevante en relación con el concepto de SIEG y su interacción con la normativa de ayudas públicas y defensa de la competencia en la Unión Europea. Se incorporan los hipervínculos a las referencias más relevantes en orden cronológico.

- Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, DO L 318 del 17.11.2006, p. 17/25.
- Comunicación de la Comisión *Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*, de 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 900 final.
- Decisión de la Comisión 2012/21/EU, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, DO L 7 del 11.1.2012, p. 3/10.
- Comunicación de la Comisión 2012/C 8/02, del 11 de enero de 2012, relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general.
- Reglamento (UE) n° 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general. DO L 114 del 26.4.2012, p. 8/13.
- Comunicación de la Comisión 2012/C 8/03 *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*.

- Documento de trabajo de la Comisión SWD/2013/040 final, de 21 de febrero de 2013, *3rd Biennial Report on Social Services of General Interest*, adjunto a la comunicación de la Comisión *Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020*.
- Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión SWD(2013) 53 final/2, del 29 de abril de 2013, *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*.
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, DO L 94 del 28.3.2014, p. 1/64.
- Study on the financing models for public services in the EU and their impact on competition. Ecorys, KD-02-16-641-EN-N de 2016.

Notas

- 1 <http://transparencia.amb.cat/web/l-agencia/coneixer-l-agencia>
- 2 La cuestión se está debatiendo estos últimos días en el Parlamento de Cataluña: <http://www.parlament.cat/document/bopc/207484.pdf>.
- 3 “Los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública.” *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*, Bruselas 20.12.2011, COM(2011) 900 final.
- 4 García de Coca, J.A., “Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general”, inclòs a Velasco San Pedro, L.A. (coord.), Derecho Europeo de la Competencia: *Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, 2005, pp. 625 i ss.
- 5 Así lo indica expresamente, por ejemplo, el artículo 1.3, segundo párrafo, de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), DO L 376, de 27/12/2006, p. 36/68: *La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse.*

De hecho, de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la Directiva de servicios, el régimen de libre prestación de servicios previsto con carácter general en esta norma no es aplicable a diversos servicios de interés económico general, tales como el abastecimiento de agua o el tratamiento de residuos, entre otros.

En el mismo sentido, el artículo 4 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE), DOUE L 94 de 28/3/2014, p. 1/6, se pronuncia en los términos siguientes:

Libertad para definir los servicios de interés económico general

1. *La presente Directiva no afectará a la libertad de los Estados miembros para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, qué servicios se consideran de interés económico general, cómo se han de organizar y financiar esos servicios de conformidad con las disposiciones sobre ayudas públicas y a qué obligaciones específicas se han de someter. Igualmente, la presente Directiva no afectará a la manera en que los Estados miembros organizan sus regímenes de seguridad social.*

2. *Los servicios de interés general no económicos no entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

En otras palabras, la definición de lo que es y lo que no es un SIEG queda en la esfera de competencias de los Estados miembros, pese a que, evidentemente, esto no excluye ni la aplicación de la normativa sobre ayudas públicas cuando corresponda ni la aplicación de la propia Directiva si el régimen de configuración de aquel servicio entra dentro de su ámbito de aplicación (con la excepción de los servicios de interés general no económicos).

Esto no significa que la definición del concepto haya estado exenta de controversia entre la Comisión y los Estados miembros. Con carácter relativamente reciente, la Comisión publicó unas orientaciones para tratar de indicar cuáles podrían ser los posibles abusos del concepto que entrarían en el marco de la regulación europea de las ayudas públicas. El detalle de este debate queda fuera del alcance de este estudio, pero pueden consultarse los documentos relevantes en la página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html.

- 6 Así lo enfatiza el Protocolo n.º 26 anexo en el TFUE, que interpreta el artículo 106.2 TFUE en los siguientes términos:

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular:

- *el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;*
- *la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;*
- *un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.*

- 7 Sentencia del TJUE de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, ECLI:E:C:2003:415. En este caso, se analizaban los límites de la compensación que podía recibir un operador privado encargado de la gestión del servicio público de transporte por carretera, con el fin de garantizar que no existía sobrecompensación que pudiera entrar en el ámbito de aplicación de las prohibiciones de las ayudas públicas.

- 8 Hay que tener en cuenta que, en el caso español, esta empresa puede ser pública o privada, en función del tipo de gestión del servicio, directo —a través de una sociedad mercantil de titularidad pública, por ejemplo— o indirecto, que se haya escogido (vid. *infra* apartado 2.2).

- 9 El texto del acuerdo CETA se puede encontrar en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

- 10 El artículo 8.15.3 del acuerdo CETA indica literalmente lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 8.10 y 8.12, una vez que haya entrado en vigor el presente Acuerdo ninguna Parte adoptará una medida o una serie de medidas incluidas en la lista del anexo II que exijan, directa o indirectamente y por motivos de nacionalidad, a un inversor de la otra Parte, vender o enajenar de otro modo una inversión existente en el momento en que la medida o el conjunto de medidas se hagan efectivos.

- 11 Véase, por ejemplo, Fritz, T., CETA and TTIP: *Potential impacts on health and social services*, Working paper commissioned by the European Federation of Public Service Unions (EPSU), abril de 2016, disponible en: http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Working%20Paper_HSS%20in%20CETA%20TTIP_1604.pdf

- 12 Las normas que se citan a continuación fueron objeto de modificación substancial, en aspectos relevantes para el presente estudio, a raíz de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (Ley 27/2013). Esta Ley tenía como objetivo principal garantizar la observancia de los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera en el funcionamiento de los servicios públicos municipales. Algunas de las translaciones de estos principios al marco normativo vigente afectaron, precisamente, a la configuración, el alcance y las alternativas de prestación de los servicios públicos locales.

- 13 El artículo 26.1 enumera los servicios públicos que son de obligatoria prestación por parte de todos los entes locales (algunos en todos los municipios y otros dependiendo de sus dimensiones): *Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*
- a) En todos los Municipios:*
Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.
 - b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además:*
Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
 - c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además:*
Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas de uso público y matadero.
 - d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además:*
Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

El hecho de que el precepto imponga la obligación de prestar estos servicios no debe confundirse con ninguna obligación de prestación en régimen de exclusiva, es decir, monopolio. De esta segunda se ocupa el artículo 86.2 de la LBRL, que, después de la reforma operada por la Ley 27/2013, ha limitado enormemente el margen de actuación municipal con respecto a esta decisión sobre la prestación del servicio en régimen de exclusividad.

- 14 En Cataluña, no se ha reservado ninguna otra actividad o servicio adicional a los contemplados en el artículo 86.2 LBRL, de manera que la posibilidad de prestar servicios en régimen de monopolio queda circunscrita a los casos previstos en dicho precepto.
- 15 En el ámbito de actuación de los municipios catalanes, la autoridad de competencia a la que hay que pedir el informe es la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO).
- 16 Se reproducen únicamente los requisitos propios de esta tramitación, sin perjuicio de otros trámites que puedan ser necesarios en la tramitación de expedientes municipales.
- 17 Artículo 243.2 DL 2/2003.
- 18 Artículo 86.1 LBRL, artículo 243.2 DL 2/2003 y artículo 183.1.b ROAS. De acuerdo con los artículos 243.2 y 244 DL 2/2003, en el caso de las actividades reservadas por ley a los entes locales, la comisión de estudio que se encargue de la redacción de esta memoria debe estar formada por miembros del ente local, personal técnico y representantes de los usuarios.
- 19 Artículo 243.2 DL 2/2003.
- 20 Artículo 97.2 TRRL.

Respecto a cuándo es preceptivo pedir este dictamen, ciertas opiniones autorizadas indican que podría considerarse preceptivo no solo en supuestos de municipalización (establecimiento o creación del servicio público local), sino también en casos de remunicipalización, siempre que en este segundo caso no se hubiera tramitado, con anterioridad a la decisión de gestión indirecta, el expediente preceptivo para la prestación del servicio en régimen de monopolio. En otros casos en que sí que se hubiera tramitado el expediente para la prestación en régimen de monopolio y se hubiera optado inicialmente por la gestión indirecta pero se cambiara de opinión, la solicitud de dictamen podría no considerarse preceptiva, pero sí que sería recomendable igualmente un análisis interno del impacto competitivo de la nueva decisión del ente local. Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, febrero de 2017.

- 21 Artículo 86.1 LBRL y artículo 183.2 ROAS.
- 22 Artículo 35.1.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC).
- 23 Artículo 8.3.k de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora.
- 24 Pese a que la sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio de 2016, ha considerado inconstitucional el inciso «el Consejo de Gobierno» introducido en el artículo 97.2 TRRL mediante las modificaciones operadas por la Ley 27/2013, lo cierto es que la necesidad de aprobación por el Gobierno de la Generalitat también se establecía, en el ámbito catalán, en el artículo 184 ROAS con carácter previo a aquellas modificaciones. Por tanto, hay que entender que el requisito sigue siendo obligatorio en Cataluña.
- 25 Artículo 184 ROAS.
- 26 Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, febrero de 2017.
- 27 Informe OB/19/2015 – INF art. 97.2 RDL 781/1986 Santa Maria d'Oló, de 26 de marzo de 2015.
- 28 La Autoridad Andaluza de la Competencia esgrime los mismos argumentos en su informe 02/10 sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua al municipio de Vejer de la Frontera (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio, de 21 de enero de 2010.
- 29 Informe OB 35/2017 – INF art 97.2 RDL 781/1986, Vidreres, de 22 de marzo de 2017.
- 30 De hecho, el artículo 187 ROAS remite expresamente a los requisitos procedimentales de los artículos 183 y 184 ROAS en aquellos casos en que los entes locales que prestan en régimen de libre concurrencia servicios esenciales reservados por ley deciden pasar a prestarlos en régimen de monopolio.
- 31 Así se deriva, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997, recurso de apelación n.º 6813/1991.
- 32 Artículo 85.2 LBRL y artículo 249 DL 2/2003.

La ACCO ha reconocido expresamente en sus informes que la normativa local prioriza la gestión directa por la misma entidad local, junto con la figura del organismo autónomo local, y solo permite el uso de las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles locales cuando estas resulten ser formas de gestión directa más sostenibles y eficientes que las anteriores, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Véase el informe OB 35/2017 – INF art 97.2 RDL 781/1986 Vidreres, de 22 de marzo de 2017, pág. 8.

- 33 Artículo 277 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (RDL 3/2011).
- 34 Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, febrero de 2017.
- 35 En el mismo sentido, Gimeno Feliu afirma que ni la gestión [in]directa es siempre más económica y eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa y que, por tanto, hay que huir de posturas apriorísticas maximalistas y realizar un análisis caso por

caso. Gimeno Feliu, J.M., «Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo de 2016.

36 Artículo 286.b y artículo 287.2 del RDL 3/2011.

37 Gimeno Feliu, J.M., «Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo 2016; y Tornos Mas, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, febrero-marzo 2016.

38 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, DOUE L 94 de 28.3.2014, p. 1/64.

39 La Directiva 2014/23/UE no ha sido aún transpuesta a España. Pese a que la eventual transposición podría suponer algunas matizaciones a los argumentos que avanzaremos a continuación, ni la falta de transposición ni el eventual efecto directo de las previsiones del artículo 44 de la Directiva resultan especialmente relevantes con respecto a la viabilidad del argumentario que se propone.



Santa Coloma de Gramenet.
El lecho del Besòs
© KIM IMANRESA

RESPONSABILIDAD SOBRE LA TIERRA

Oímos hablar de Estado. De nación. Quizás de patria. De identidad. De unidad. Pero, en cambio, en las áreas metropolitanas se menciona poco el concepto *tierra*, que subyace bajo el resto. No es casual que le dé nombre al planeta que habitamos. Las civilizaciones se crean y desarrollan a través de las conquistas de su superficie. La historia se escribe a raíz de dichas conquistas. Y también lo hacen la política, la economía. El origen de casi todas las guerras es territorial. Hay fronteras, lugares de acogida, los hay acogedores, los hay que no lo son. Hay urbes y espacios rurales. Recursos naturales e intereses comerciales. El civismo designa el celo por las instituciones, así como las buenas costumbres de quienes viven en sociedad. Pero nada es tan difícil como conseguir la convivencia en un mundo de individualistas.

Palabras como Estado, nación, cultura, unidad, patria, han sido cohesionadoras. Por el contrario, decir que hay que conservar la tierra suena conservador. Y esta es la trampa capitalista que nos hemos puesto. En tiempos de pobreza, en los años cin-

uenta, era lógico que lugares como Mallorca se vendieran el mar, dado que la tierra costera no valía un real. Los primeros souvenirs eran las conchas cogidas en la playa; se encontraban tantas, que hubiera sido de idiotas no hacer negocio con un recurso que era gratis.

Desde entonces, con la connivencia de la mayoría de políticas, ha calado la idea de que, si no te aprovechas de los bienes naturales, eres idiota. Y cuidado, porque una cosa es aprovecharlos y otra aprovecharse de ellos. De hecho, los bienes naturales nunca salen gratis. Nadie quería ser idiota, pero los había que tenían conciencia y alertaban sobre los peligros que comporta la explotación para obtener dinero rápido. De repente, los desacreditaron, tildándolos de ecologistas pesados; la palabra *buenista* también sería un insulto, y *políticamente correcto* y *de superioridad moral*. Solo merecen condescendencia. Ante los proyectos cada vez más ambiciosos que hacían crecer la unidad del país, o la nación, o el Estado, la defensa de la tierra era anecdótica.

Si alguien se excedía (el *Rainbow Warrior* contra las prospecciones petrolíferas, por ejemplo), se le llamaba activista, que suena a terrorista. Si alguien se manifestaba contra las urbanizaciones ilegales, era un antisistema. O un hippy o un perroflauta, dependiendo de la época. En todo caso, era una molestia para el desarrollo libre del negocio sin escrúpulos. Proteger calas, el fondo marino, la posidonia, es incompatible con la llegada masiva de cruceros. Proteger la fauna y flora de las playas lo es con la construcción de apartamentos y hoteles cerca del mar. Hacer una plantación de sombrillas y hamacas sobre la arena es incompatible con el espacio público. Diseñar calles para que pasen tres hileras de coches perjudica la salud de los vecinos. Pero cuando se advierte sobre ello, la respuesta es que vamos contra nuestra naturaleza: si somos turísticos, si somos urbanos, tenemos que vendernos al exceso.

La naturaleza nunca es turística ni urbana, y las economías basadas en los excesos tarde o temprano fracasan. Antes, además, se habrán cargado el ecosistema de forma irreversible. Lo hemos visto con la potente industria del motor. Han tenido que pasar años para educar sobre sus efectos. Y cada vez que se alcanzan pequeñas grandes victorias, la fuerza global, perezosa, lo reinicia todo, cuestiona tratados de Kyoto y cambios climáticos.

Barcelona se abrió al mar durante los Juegos Olímpicos. Con la llegada de las compañías *low-cost* empezó a ponerse guapa, para convertirse después

en la tienda más grande del mundo; y eso de maquillarse para venderse tiene un nombre. Hace cinco años, el 72 % de los barceloneses defendía la llegada de nuevos turistas. Hoy, el turismo está considerado el principal problema de la ciudad, ligado al del acceso a la vivienda. La gentrificación ya afecta a todo el territorio metropolitano. Se da por una falta de suelo en las zonas más pobladas, que hará, o bien que estas se masifiquen (La Florida, en L'Hospitalet, tiene el número de habitantes por kilómetro cuadrado más alto de España), o bien que sus vecinos tengan que cambiar de barrio (el distrito de Ciutat Vella ha perdido un 11 % de población autóctona en la última década; la mitad, en el caso del barrio Gòtic).

La venta de pisos en el Estado ya supera cifras de 2008, justo antes de que estallara la burbuja inmobiliaria. Con un matiz: uno de cada cuatro compradores es extranjero. Las megafortunas globales están desplazando a las clases locales. La paradoja se da cuando los que provocan estos movimientos son los mismos fondos de inversión que ni tan solo vivirán allí y que se nutren de los ahorros de las personas a las que desplazan. Así, los precios por metro cuadrado en los distritos barceloneses del Eixample, Sants-Montjuïc y Horta-Guinardó han subido un 20 % en el último año. Por efecto dominó, también se han encarecido la primera y la segunda coronas metropolitanas; Molins de Rei, Cornellà o Mollet del Vallès son las principales afectadas. Montgat y Castelldefels también, no

tanto por la expulsión de los vecinos del centro, como por la llegada de turistas. Los precios de los alquileres se disparan y se vuelven inaccesibles para los sueldos locales. Actualmente, en Barcelona solo un 5 % de los pisos se puede alquilar por menos de 800 euros al mes.

La diferencia entre una ciudad cosmopolita y una ciudad turística es que en el segundo caso los turistas tienen más derechos que los residentes. Estos últimos se han convertido en figurantes en su casa, que, a su vez, se imita a ella misma convertida en un gran decorado ornamentado con establecimientos que, cual especies invasoras, hacen desaparecer los locales emblemáticos que la singularizaban. Pero no nos quejemos, porque esto da riqueza, dicen. ¿Seguro? ¿Y a quién?

Al hablar de turismo o inversión, se nos dice cuánto dinero deja, pero no cuánto nos cuesta. Se nos dice que da muchos puestos de trabajo, pero no se especifica la precarización de ese empleo (el sector de la hostelería es el que cobra menos de promedio; unos quince mil euros anuales).

El acceso a una vivienda digna es un derecho fundamental y en ningún caso tendría que ser un negocio; menos aún de la economía sumergida. No tendría que regularse según las leyes del mercado, sino según las necesidades sociales. Hay que tomar medidas, como hay que tomarlas en todas las industrias para que se desarrollen de forma equilibrada. Pero cuesta hacerlo, porque son restrictivas y antipopulares. Y lo que hace falta, sobre todo, es que todo el mundo tome responsabilidades.

Si no vamos con cuidado, el área metropolitana no perderá solo calidad de vida, perderá la propia vida, que se encuentra en los barrios. No poner límites hace que no haya marcha atrás; fijémonos en lo que sucede en Ibiza o Venecia, donde el turismo aumenta año tras año, cuando parecía que ya era imposible: más allá del nombre como marca, no queda nada de lo que eran. En cambio, Menorca se ha ganado la fama de proteger la tierra.

La llamada turismofobia (que suena a xenofobia, igual que activista sonaba a terrorista) no es más que la defensa natural del propio territorio. Y en eso, los vecinos que han amado y respetado esta ciudad —esta tierra, aunque no se menciona— cada vez se sienten más desamparados y necesitan un motivo cohesionador. El problema será que el conjunto de Barcelona se quede sin vecinos que puedan defenderla.

La tierra es un valor auténtico, un bien común con proyección de futuro. Lo que ya estaba y lo que queda. El resto es superfluo. Conservarlo responde a un sentimiento atávico, de conjunto. Y es lícito que esté por encima de los intereses individuales, porque nos refleja y nos representa. Es lo que compartimos, lo que somos.

Llucia Ramis



Barcelona. Barrio del Ravat
© KIM MANRESA

PRIMERO, EL BUEN GOBIERNO

Pese a los anuncios del fin de las ideologías, de la emergencia de las sociedades líquidas o del triunfo del pensamiento débil, lo cierto es que la vida política parece ir a su aire y seguir caminos contrarios. Aquella «plácida» desafección de unos pocos a la política ha dado lugar a una intemperante indignación generalizada. El desinterés ha mudado en desconfianza. El combate por ocupar el centro político es sustituido por los gestos de simpatía hacia los extremos. La moderación y la prudencia, las viejas virtudes del gobernante, parecen cobardes y se exige radicalidad y atrevimiento. Y si la libertad de expresión aún se ve amenazada por el abuso de una corrección política convertida en policía del pensamiento, no es menos cierto que cada vez queda más gravemente herida por la desvergüenza de las opiniones intolerantes.

Resumido así, puede parecer y ser una exageración. Pero el crecimiento o la consolidación de los partidos de extrema derecha en la Europa central y del norte, la victoria pírrica pero efectiva de Donald Trump en Estados Unidos o la no menos ajustadísima

pero determinante mayoría a favor del Brexit en el Reino Unido, hacen pensar que el paisaje es bastante parecido a como lo he descrito antes. También encontraríamos contraejemplos que indican zigzags y retrocesos en este camino. Y podría ser que solo estuviésemos ante un tiempo transitorio de incertidumbre propicio para las expresiones más excéntricas. ¡Ojalá!

Incluso, intentando encontrarle el lado más positivo, podría pensarse que de esta crisis de la cultura política democrática puede derivarse una reflexión crítica respecto a lo que nos ha abocado a ello y, sobre todo, un redescubrimiento de lo que le es más valioso e imprescindible. Por ejemplo, la importancia de usar un lenguaje comprensible abandonando las barricadas en las que la política suele ocultar sus vergüenzas. O la necesidad de favorecer una participación del ciudadano más allá de pedirle el voto en cada confrontación electoral. O de tener ciudadanos bien informados. Y sobre todo, la crisis actual debe hacer entender que, sin el restablecimiento de una confianza consistente y proba-

da, el ejercicio del poder solo puede expresarse de manera autoritaria, es decir, sin autoridad.

Es en este marco de reflexión en el que quisiera hacer unas breves consideraciones sobre la relevancia de la noción de buen gobierno. Precisamente porque en tiempos de acentuación de la confrontación de discursos y relatos —más que de ideologías— se puede pensar que la bondad de la gobernanza solo pertenece a uno de los bandos —el propio, claro— y no al de los otros, la idea del buen gobierno fuerza a poner nuevamente la mirada en lo que es común, en lo que favorece la concordia entre contrarios, en el objetivo, si no del bien común, cuando menos del interés general. Veámoslo.

En primer lugar, la noción de buen gobierno tiene la ventaja de que se sitúa por encima de cualquier opción particular. Tanto si gobiernan las derechas como las izquierdas, los moderados como los radicales, los grandes partidos de centro o las coaliciones de minorías, a todos se les puede exigir un buen gobierno. Incluso antes que el cumplimiento de los compromisos programáticos, lo fundamental es su acomodación a los principios generales que garantizarán el reconocimiento de su legitimidad democrática

ca tanto entre los propios como entre los adversarios. Así, la estricta separación de poderes, o la extirpación radical de toda forma de corrupción o la transparencia de los procesos en la toma de decisiones y su ejecución, por poner unos ejemplos, valen para todo el mundo. O, incluso, el respeto atento por las minorías, el compromiso por la equidad, la garantía de la seguridad, el impulso de la justicia, la promoción de la cultura y el respeto al conocimiento científico, el amor a la libertad y el fomento de la concordia, son componentes fundamentales del buen gobierno.

En segundo lugar, la preeminencia del buen gobierno, como primera y principal exigencia a todo gobierno, puede ser el fundamento de una tolerancia democrática bien entendida. Y digo «bien entendida» porque a menudo la tolerancia solo se exige de arriba a abajo, o se convierte en la expresión de un autoritarismo descendiente. Aquí, por tolerancia democrática quiero entender no tan solo la aceptación resignada de una mayoría de gobierno, sino la llamada a la participación crítica particular-

mente en este plano superior y previo que define el buen gobierno. No se trata de pedir al adversario que renuncie temporalmente a la defensa de sus principios e intereses. Pero sí que es necesario conseguir que participe en la definición y el control de aquellas buenas prácticas que deberán caracterizar la bondad del gobierno. No es un objetivo fácil establecer un alto grado de confianza entre adversarios. Pero sería deseable que la confrontación política se situase en el debate argumentado sobre la oportunidad o no de una decisión determinada, en sus ventajas y consecuencias, y no —como es habitual— en fomentar la desconfianza sobre la honorabilidad del oponente.

Y es que esta es la médula del buen gobierno: construir una sólida confianza crítica en el funcionamiento de las instituciones a partir de las cuales debe construirse el interés general. Para parecer ingenuo, insisto en la idea de que el interés general tiene que construirse democráticamente. El punto de partida ya sabemos que es el de la confrontación de intereses, a menudo irreconciliables. Y más en sociedades complejas como las nuestras, en que la discusión ya no es a dos como sostiene el populismo de ahora —los de arriba y los de abajo, el pueblo y las elites o los pro y los

anti—, sino que se produce en planos múltiples y cruzados. En este sentido, la idea de buen gobierno también se vuelve cada vez más compleja, es cierto. Y por eso, aún con mayor razón, habría que exigir a todo gobierno y a sus instituciones que, además —y antes— de aplicar sus programas, dedicasen una buena parte de su tiempo, preocupaciones y recursos a gobernar bien.

Ambrogio Lorenzetti, entre 1338 y 1339, en la Sala della Pace del Palazzo Pubblico de Siena, pintó tres escenas sobre los criterios del buen gobierno y sus consecuencias, y también sobre los efectos del mal gobierno, liderado por la Tiranía. Más allá de la belleza de estos magníficos frescos, están las representaciones de las virtudes fundamentales de este buen gobierno del que he estado hablando. Pero si tuviera que destacar alguno de sus elementos, citaría el lugar que ocupan la Sabiduría, la Justicia y la Concordia, y junto a las virtudes cardinales, la Paz y la Magnanimidad. Todo ello, un magnífico «rincón de pensar» para todos aquellos a quienes nos preocupa el buen gobierno.

Salvador Cardús i Ros



COLABORADORES

En este número han colaborado

Isabel Baixeras es abogada especialista en urbanismo, contratación pública, turismo, licencias, edificación y derecho local. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (1978), con diploma de especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Barcelona (1994) y con posgrado en Contratación Pública por la Universidad Abierta de Cataluña (2017).

Gemma Calvet es abogada, máster en Políticas Sociales y Derechos Humanos por la Universidad de Barcelona y postgrado en Derecho Diplomático por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Actualmente es directora de la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (AMB). Desde 1991, ha ejercido como profesional de la abogacía y la consultoría en los ámbitos del derecho penal y los derechos humanos. Fue diputada independiente en el Parlamento de Cataluña, donde fue ponente de la Ley de Transparencia. Es autora de varios libros y ha colaborado durante más de catorce años en varios medios de comunicación. Es miembro de la Asociación de Abogados Europeos Demócratas.

Salvador Cardús es sociólogo, periodista, escritor, doctor en Ciencias Económicas y miembro del Institut d'Estudis Catalans (IEC). Es autor de múltiples libros y colabora en varios medios de comunicación. Su ámbito de dedicación ha sido, entre otros, el estudio de la religión y la cultura y el estudio de las identidades.

Carles Casajuana es diplomático y escritor. Ha sido embajador de España en el Reino Unido. Ha publicado, entre otras, la novela *El último hombre que hablaba catalán* (Premio Ramon Llull 2009) y *Retorn* (Columna, 2017), así como el ensayo *Las leyes del castillo. Notas sobre el poder* (Premio Godó de ensayo, 2014). Colabora regularmente en *La Vanguardia*.

Jordi Duró es diseñador gráfico. Ha trabajado en EEUU, en los prestigiosos estudios de Louise Fili y, más tarde, como colaborador en Pentagram dentro del equipo de Paula Scher. Cofundador de la revista *Scope*, es fundador y director creativo del estudio de diseño y *branding* Duró. Actualmente también es profesor de la Universidad Pompeu Fabra y de la Escola Eina. Ha sido vicepresidente de la Asociación de Directores de Arte y Diseñadores Gráficos del Fomento de las Artes y del Diseño (ADG-FAD). Desde la fundación del diario *Ara*, tiene su propia sección de opinión gráfica.

Natza Farré es periodista. Actualmente trabaja en el programa *La Competència* de RAC 1, entre otros. Es autora del libro *Curs de feminisme per microones* (Ara Llibres, 2016), en el que emplea el humor para ejemplificar casos de machismo.

Kim Manresa es un fotógrafo europeo. Ha utilizado la fotografía como herramienta para la denuncia social. Ha ganado numerosos premios, y sus reportajes sobre la prostitución infantil, la pobreza y la ablación han generado gran interés y una nueva visión sobre estos problemas. Su reportaje «El día que la Kadi va a perder parte de la seva vida» ha sido seleccionado por la agencia Associated Press como uno de los cien mejores reportajes del siglo XX. Autor de más de 30 libros, algunos de los cuales han sido publicados en varias lenguas (catalán, castellano, euskera, portugués, francés, inglés, árabe, turco y coreano). Desde 1985 trabaja en *La Vanguardia*.

Yolanda Martínez Mata es jurista y está colegiada en Barcelona (2007). Ejerce de abogada en Rating Legis, SLP desde 2015 y anteriormente en J&A Garrigues, SLP. Está especializada en derecho público, derecho de la Unión Europea y derecho de la competencia. Obtuvo el máster en Derecho Comunitario Europeo (LLM) por el Colegio de Europa (Brujas, Bélgica), con una beca del Patronato Catalán Pro-Europa (Generalitat de Catalunya), el máster ejecutivo en Derecho Empresarial por el Centro de Estudios Garrigues en colaboración con la Harvard Law School y el título de Juris Doctor por la Universidad de Puerto Rico. Es profesora asociada de la Universidad de Barcelona (desde 2009) y de su Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado de la UE.

Ester Pujol es historiadora de formación y editora de profesión. Ha sido editora de Columna Edicions y directora editorial del Grup 62 (desde 2011 hasta el 2014). Actualmente es asesora editorial y colabora en Catalunya Ràdio y RAC1.

Llucia Ramis es escritora y periodista. Premio Josep Pla por *Egosurfing*, también es autora de *Coses que et passen a Barcelona quan tens trenta anys* y *Todo lo que una tarde murió con las bicicletas*. Actualmente colabora en *La Vanguardia*, Catalunya Ràdio y RAC1.

Stefan Rating es doctor en Derecho y está colegiado en Barcelona (1988) y Frankfurt am Main (Alemania, 1991). Es fundador del bufete Rating Legis, SLP (2011). Está especializado en derecho de la UE; en particular, en competencia, telecomunicaciones y protección de datos. Anteriormente ejerció como abogado en diversos bufetes y fue funcionario de la Comisión Europea durante catorce años. Como tal, fue asistente especial del director general de la Competencia, portavoz del comisario Van Miert y letrado del Servicio Jurídico de la Comisión Europea. Ha ejercido la docencia en el máster IELPO y en la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado de la UE de la Universidad de Barcelona.

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Una nueva ventana abierta a la transparencia	5
<i>Ada Colau Ballano</i>	

INTRODUCCIÓN

A la luz de los nuevos tiempos	11
<i>Gemma Calvet i Barot</i>	

FAROS

¿Puede hacerse?	15
<i>Natza Farré</i>	
Un mal localizado	19
<i>Carles Casajuana</i>	

NUESTROS PILARES

Las obligaciones de transparencia de las entidades privadas que reciben fondos públicos o que prestan servicios públicos o que prestan servicios de interés general o universal	23
<i>Isabel Baixeras Delclòs</i>	
Análisis jurídico de las posibilidades de remunicipalización de servicios de interés general, desde una óptica de competencia	61
<i>Stefan Rating y Yolanda Martínez Mata</i>	

FAROS

Responsabilidad sobre la tierra	91
<i>Llucia Ramis</i>	
Primero, el buen gobierno	95
<i>Salvador Cardús i Ros</i>	
Colaboradores	99

¿Qué hacemos?

Los principales objetivos y actuaciones que impulsa la Agencia de Transparencia son:

- Elaborar protocolos, recomendaciones e informes sobre transparencia, buen gobierno y prevención de la corrupción.
- Adoptar un código de conducta de los altos cargos.
- Coordinar la transmisión y el tratamiento de la información para que sea publicada de forma actualizada, comprensible, reutilizable y que facilite la rendición de cuentas.
- Garantizar el uso efectivo del derecho de acceso a la información pública.
- Registrar y hacer seguimiento de las relaciones con grupos de interés.
- Incorporar la perspectiva de género en las políticas de transparencia.
- Introducir cláusulas de transparencia en los procesos de contratación pública y en la gestión externa de los servicios públicos.
- Promover buenas prácticas en la gestión de los servicios públicos.
- Instaurar un programa de apoyo a la transparencia en los municipios metropolitanos.
- Promover la formación permanente del personal en materia de gobierno abierto.

Contactar con nosotros en

Web: transparencia.amb.cat

✉ transparencia@amb.cat

☎ +34 93 223 51 51

LUX BARCELONA

Luz (del latín *Lux, lucis*). «Agente físico que es una de las formas de energía, capaz de impresionar los órganos de la vista y que permite ver los cuerpos.»

Esta revista, promovida por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, pretende ser un espacio de encuentro para la reflexión y la generación de materiales útiles para el buen gobierno, consciente de que es una prioridad trabajar por un humanismo contemporáneo que adopte los retos que se plantean en las democracias del s. XXI. Las políticas públicas deben llegar hasta las raíces para garantizar el futuro de una sociedad ética y justa, y la administración pública metropolitana, como herramienta de gobernanza para las ciudades, no puede ignorar la regeneración democrática. Con la voluntad de liderarla, este conjunto de textos pretenden aportar luz y revitalizar la idea de la buena gobernanza que iluminó el mundo durante la Ilustración.

La presidenta del Área Metropolitana de Barcelona, **Ada Colau**, introduce este primer número de la revista *Lux Barcelona*, que también incluye una reflexión de **Gemma Calvet** sobre el valor y los retos de la transparencia aplicada, hacia una *democracia de la autenticidad*.

Los servicios públicos de interés general o universal forman los pilares de este número, y son abordados tanto desde la perspectiva de la transparencia, como del buen gobierno. Por un lado, **Isabel Baixeras** enumera las obligaciones de transparencia de las empresas prestadoras de servicios públicos y de las entidades que reciben fondos públicos y, por otro, **Stefan Rating** y **Yolanda Martínez** analizan, desde la óptica del derecho de la competencia, las posibilidades de remunicipalización de los servicios de interés general.

Lux Barcelona también incluye cuatro miradas que, bajo el epígrafe de “Faros”, invitan a la reflexión desde un punto de vista humanístico. En este volumen, se encargan de aportar la luz **Natza Farré**, **Carles Casajuana**, **Llúcia Ramis** y **Salvador Cardús**. Asimismo, la revista se enriquece con una serie de fotografías sobre la realidad y las políticas metropolitanas del reputado fotógrafo **Kim Manresa** y las ilustraciones del opinador gráfico **Jordi Duró**.