

LUX BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARÈNCIA METROPOLITANA

01

| Edició en català |

Qui som?

L'Agència de Transparència és el servei responsable de la implementació de la transparència i del foment del bon govern a l'administració metropolitana, als seus organismes vinculats i a les empreses prestadores de serveis públics de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

Per avançar cap a un govern obert i innovador que promogui la integritat i eviti la corrupció, l'Agència de Transparència elabora protocols i recomanacions, vetlla per l'accés i la publicitat de la informació pública, promou la formació i sensibilització dels treballadors públics, impulsa un codi ètic i de conducta, gestiona els conflictes d'interessos potencials, controla les relacions amb els grups d'interès, dona suport a la transparència dels governs locals i fomenta bones pràctiques en la gestió dels serveis públics.

Els principis i valors que fonamenten l'actuació de l'Agència de Transparència són la legalitat, la responsabilitat, l'objectivitat, la integritat, l'ètica pública, la rendició de comptes, el dret a la informació i l'equitat de gènere.

LUX BARCELONA

REVISTA DE TRANSPARÈNCIA METROPOLITANA

LUX BARCELONA

Revista de transparència metropolitana
núm. 01

Lux Barcelona és una revista promoguda per l'Agència de Transparència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) que s'edita en tres versions (català, castellà i anglès).

Consell Assessor de Transparència Metropolitana

Carme Ballbé

Manel Camós

Victòria Camps

Tomàs Font

Joaquim Triadú

Josep Maria Vallès

Les opinions expressades en els treballs publicats són d'exclusiva responsabilitat de les persones que n'assumeixen l'autoria.

Direcció

Gemma Calvet, directora de l'Agència de Transparència

Coordinació editorial

Ester Pujol

Isabel Clos (AMB, Oficina Tècnica de Gerència)

Coordinació de continguts

Joan Cotxà (AMB, Agència de Transparència)

Disseny i maquetació

Úrsula Solans (AMB, Servei de Comunicació)

Correcció i traducció

Tau Traduccions SL

Impressió

Les impressions zero cinc, SL

DL: B 30269-2017

ISSN 2604-0956 (paper)

ISSN 2604-0980 (digital)

© de les fotografies: Kim Manresa

© de les il·lustracions: Jordi Duró

© dels textos: els autors

© de l'edició: Àrea Metropolitana de Barcelona

Barcelona, novembre 2017

UNA NOVA FINESTRA OBERTA A LA TRANSPARÈNCIA

En els darrers anys s'han destapat nombrosos casos de corrupció política, irregularitats administratives i males pràctiques d'alguns governants i gestors públics que han situat el frau i la corrupció com un dels problemes que més preocupen els ciutadans, després de l'atur. La ciutadania ha demostrat una tolerància zero amb les pràctiques fraudulentess i amb el fet que interessos particulars s'imposin a l'interès general. En conseqüència, les diverses administracions han impulsat regulacions i polítiques per reforçar la integritat pública i perseguir el frau i la corrupció, en compliment de la legislació sobre transparència.

El Govern metropolità sorgit de les eleccions municipals de maig de 2015 va fixar la transparència com una de les seves prioritats i es va comprometre a impulsar una nova manera de governar sustentada en la informació, la participació i la rendició de comptes a la ciutadania. En aquest mandat, ens hem proposat que la transparència impregni el conjunt d'iniciatives i actuacions del Govern metropolità per promoure reflexions crítiques sobre l'acció de govern que permetin incorporar aportacions diverses que recullin la pluralitat de visions i que siguin el motor d'un canvi en la manera de planificar, gestionar i executar les polítiques públiques metropolitaness.

Per concretar aquest compromís, el juliol de 2015 l'Àrea Metropolitana de Barcelona va aprovar la creació de l'Agència de Transparència, que té com a missió principal consolidar el model de govern obert i assolir els estàndards de transparència, publicitat de la informació, qualitat de la gestió, integritat i ètica pública que estableixen les lleis. Per assolir aquesta missió, l'Agència promou, coordina i avalua la implementació de la legislació en matèria de transparència, accés a la informació pública i bon govern en tot el sector públic metropolità, que inclou l'administració metropolitana, els organismes, empreses públiques i consorcis vinculats, així com les empreses prestadores de serveis públics o entitats que perceben fons públics. En definitiva, l'Agència de Transparència constitueix un instrument clau per avançar cap a un model innovador, democràtic, obert i inclusiu de governança metropolitana que generi sinergies entre els actors públics i privats que hi intervenen, amb la vocació d'integrar una visió global.

El model de governança de l'Àrea Metropolitana de Barcelona es caracteritza per una administració de segon nivell relativament reduïda que implementa una bona part de les seves polítiques a través de les administracions locals, de les entitats del sector públic metropolità o d'empreses privades que presten serveis públics. Aquest model de gestió planteja uns reptes específics en matèria de transparència i bon govern. Des de la seva creació, l'Agència de Transparència ha desplegat una sèrie d'iniciatives innovadores per adaptar a aquesta realitat metropolitana les polítiques de govern obert.

La transparència i el govern obert són un corrent d'abast global que està transformant el funcionament de les administracions públiques d'arreu del món. Per millorar l'eficàcia i els resultats de les polítiques d'integritat pública, hem d'aprendre mútuament de les experiències i les bones pràctiques que estan impulsant els governs del món més innovadors en aquest àmbit. L'Àrea Metropolitana de Barcelona no pot restar al marge d'aquest diàleg global i vol participar-hi amb veu pròpia. La revista *Lux Barcelona* aspira a ser el mitjà de l'AMB des d'on es vehiculin les aportacions metropolitanes en aquest diàleg, aprofitant el gran llegat de les humanitats i amb el repte d'avançar en el bon govern i en les polítiques públiques per a les generacions futures.

Ada Colau Ballano

Alcaldessa de Barcelona i presidenta
de l'Àrea Metropolitana de Barcelona





El Prat de Llobregat. Mirador dels banys
© KIM MANRESA

“Cada persona posseeix una dignitat inalienable que ha de ser respectada per les lleis i les institucions.” **Martha Nussbaum**

“La política és l’art del possible.” **Tony Judt**

“No és possible viure plaentment sense fer-ho amb seny, noblesa i justícia, ni tampoc dur una vida assenyada, noble o justa sense que sigui plaent.” **Epicur**

“L’ètica és eficaç i per això ha de triomfar.” **Hegel**

“Sabem que el poder és una qüestió d’interessos nacionals i internacionals, el joc de classes i grups ètnics, el conflicte de regions o religions. Però no actuem basant-nos en aquest coneixement.” **Richard Sennett**

“Però la gran pregunta és: com podem fer compatible aquesta responsabilitat comuna amb una societat en què les màquines treballen incansablement per produir valors de canvi dels quals després els propietaris treuen profit, quan, a més, aquests no són sinó una minoria de la població?”

Ianis Varoufakis

A LA LLUM DELS NOUS TEMPS

Iniciant el segle XXI, la globalització econòmica i la crisi de legitimitat democràtica davant les creixents desigualtats que comporta la crisi econòmica ens porten a creure més que mai que la llum que ha de venir del pensament compartit, de la reflexió oberta, de la creença en el llegat de les humanitats, ens ha de continuar oferint les eines indispensables per avançar en el progrés de la nostra societat.

El responsables de les polítiques públiques del món, en diversos indrets i contextos culturals o geogràfics, s'estan enfrontant a un fenomen que mina els pilars de la creença col·lectiva en el bon govern i la democràcia: la corrupció. Aquest és un fenomen que, no per nou, però sí per visible en la societat de la informació, ha provocat que progressivament s'anessin creant normatives de transparència, registres de grups d'interès i esforços en nous òrgans de garantia que volen fer possible el combat al delictes immers en la *res publica*, tot edificant una cultura constructiva que mira de convertir l'ètica pública en una ètica aplicada al canvi de la noció de poder democràtic. A Catalunya, la Llei 19/2014 ens ha obligat a reaccionar amb esforços compartits de regeneració democràtica.

El plantejament del nou paradigma s'anomena *transparència*. A alguns ens agrada més optar per *bon govern*, és a dir el tipus de govern que, des de Confucí o el taoisme a l'Orient, els clàssics a l'Occident, els filòsofs de l'ètica Aristòtil i Epicur, i fins a Hannah Arendt o Martha Nussbaum, ha intentat reorientar les pràctiques de l'exercici del poder polític i administratiu.

Hi ha hagut crítiques també a la nova orientació de la transparència, com la del coreà Byung-Chul Han, que denuncia el risc de la uniformitat —«la societat de la transparència és un infern de l'igual»—, de la ineficiència —«més informació no condueix a decisions millors»— o la necessitat de discreció i discrecionalitat —«a la bellesa li cal el vel, el nu és el risc d'anul·lació del misteri».

És evident que aquestes reflexions crítiques han de ser integrades en un model de polítiques de transparència i bon govern que ens ofereixin credibilitat, certesa i flexibilitat. Només des de la voluntat d'una *transparència substantiva* i no des d'una *transparència formal* podrem avançar. I és més necessari que mai, en aquest moment embrionari, teixir coneixements i ciència aplicada de la transparència i el bon govern, i alhora compartir esforços per tal de no caure en els riscos ja identificats.

El valor de la transparència no ha d'anar en detriment del valor interior de cada institució o entitat obligada a observar la normativa. Al contrari, és una oportunitat per aprofundir en la identitat pròpia, en la capacitat de crear bona governança.

La transparència no té un caràcter de valor absolut ni finalista. Per això, els rànquings comporten riscos de disfressa artificial, tal com s'ha comprovat en el sistema econòmic. La transparència aplicada és essencialment un camí, un procés permanent, dinàmic i generador de consensos. Aquells «consensos entrecreuats» que Rawls reclama, en aquest cas entre normativa i iniciativa en la gestió pública, o entre sector públic i privat, entre ciutadania i administracions. I també, perquè no dir-ho, entre els interessos particulars i l'interès general. Reconèixer l'existència d'interessos és el primer pas per poder avançar i identificar els punts febles de la bona governança. Aquest *consens per la transparència* també planteja un repte altament nou: la necessitat de construir aliances de baix cap a dalt i de dalt cap a baix. La concepció jeràrquica de l'administració comporta el repte d'un canvi en la missió directiva i un alt nivell de compromís en la gestió dels treballadors públics. Podríem dir que la transparència i el bon govern representen la gran oportunitat que Weber planteja quan reconeix i desenvolupa en la paraula *carisma* del funcionari, el gran potencial de canvi.

La gestió de la transparència i el bon govern ha de reconèixer la complexitat a què ens enfrontem, i també ha de poder treballar per avançar cap a una *democràcia de l'autenticitat*.

Actualment, en la societat globalitzada, la convivència entre l'àmbit públic i el privat es converteix en una realitat quotidiana, especialment en la contractació pública de serveis d'interès general com poden ser els subministraments energètics, l'aigua, la mobilitat, els operadors d'habitatge social i la gestió

de residus, entre d'altres. La convivència entre normatives de transparència, directives europees de contractació pública i d'equitat i la dimensió penal creixent dels delictes que es poden cometre en aquest àmbit tant per actors públics com privats, ens han portat a veure la necessitat de compartir pensament i acció.

Com a directora de l'Agència de Transparència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, que integra 36 municipis de diverses dimensions presidits per l'alcalde de Barcelona, crec que és necessari oferir una revista com aquesta en què des de la paraula *lux* puguem obrir finestres que, amb la força de la paraula, entrecreuïn debat jurídic i pensament humanista, i en què la força de les imatges, amb el silenci, permeti als lectors comprendre que l'abast de l'actual repte de bon govern és tan immens com el mar, però on el compromís de creació individual és tan indispensable com el treball de construcció de noves catedrals públiques i immaterials.

Creació i compromís en l'era de la transparència. Construcció d'una nova dimensió de la col·lectivitat metropolitana que posi al centre les persones, la ciutadania, i l'equitat, nuclis essencials de la noció de justícia social i bon govern.

Gemma Calvet Barot

Directora de l'Agència de Transparència
de l'Àrea Metropolitana de Barcelona

TRANSPARÈNCIA



ES POT FER?

L'ésser humà està condemnat a les trampes. Ja sigui de manera individual o col·lectiva, hi ha un interès especial a posar paranys. Encara que siguin cridaners, hi caurem. Veure'ls no els fa evitables. Som humans per bé i per mal i el bé i el mal no es poden resoldre amb unes quantes normes. La moral està sotmesa a massa valors perquè sigui universalment comestible. Hem construït la nostra organització sobre un pilar de llibertat restrictiva que es fa més sòlid o més feble segons l'època social i econòmica (no sé si té sentit escriure-ho separatament). El lligam amb la possessió forma part de la cultura. Totes les nostres representacions estan basades en el fet de tenir o no tenir, ja siguin persones o vedells d'or. Hi ha qui troba l'equilibri corrent i hi ha qui té pressa per trobar l'equilibri. Partim d'una línia de sortida move-dissa i la meta sempre és ambiciosa. Parlar-ne ens beneficia i ens frustra. Tenim la sensació d'haver fet sempre una part del camí, però no acabem d'arribar allà on tot és justícia, pau i estacions de l'any. Aquesta meta no existeix al món dels vius, però la possibilitat d'imaginar un funcionament

molt més correcte de les institucions és la mateixa que la possibilitat de fer-ho realitat. Hi ha instruments i mans capaces de jugar sense fer trampes. Han de prevaler els drets de tothom en una societat injusta.

Un govern és un ens format per persones que treballen sota unes normes heretades a les quals, com en qualsevol herència, es pot renunciar. Per poder avançar com a societat ha calgut trencar moltes d'aquestes normes que els nostres avantpassats homes van escriure o proclamar. Desobeir el que és moralment inacceptable per a una millora global de tota la humanitat hauria de ser gairebé una obligació. Però, com a persones individuals, *global* és un terme que ens preocupa relativament. Si a mi no m'afecta, el problema no existeix. Vivim en una bombolla fosca. Si és transparent, ja l'hem espifiada. La transparència ens fa veure el que no volem, ni que sigui pel nostre bé. El nostre bé és el nostre mal. El compromís d'adquirir la responsabilitat en allò que fem, en la manera com vivim, en allò que decidim i en la lectura dels nostres propis errors. La transparèn-

FARS

FARS

cia no és només una manera de passar comptes entre un govern i nosaltres. És també una manera de passar comptes amb nosaltres mateixos. El nivell d'exigència ha de tenir relació amb la nostra pròpia exigència. No té sentit que hi hagi un abisme entre qui ens representa i nosaltres. Hi és, sovint. Però encara que sigui impossible formar part de totes les tribus, és necessari que entre tribus hi hagi un objectiu comú: la lluita incessant i ferma contra l'abús de poder.

El nivell de corrupció actual ens ha donat moltes dades. Ens ha parlat de la cobdícia i de la completa desafecció de determinats individus respecte de la societat que els envolta. Ens ha presentat, amb més o menys cabells, persones que veiem cada dia pel carrer i amb les quals no compartim el gimnàs. Ens ha explicat la importància del control dels governs, de la independència de la justícia i de l'ètica, petin com petin tantes lleis mal fetes. Ens ha demostrat el que ja sabíem, però potser ens ha desbordat la mida de la xarxa. La mida no importa. Amb els aparells adequats la xarxa hauria de ser inviable. La fragilitat de les con-

viccions forma part de la construcció d'una persona. Que l'única convicció sigui aprofitar-se del bé comú exclusivament pel bé individual és reprovable sota qualsevol concepte de societat avançada. La lluita contra la corrupció no consisteix en un sou indigne per una responsabilitat molt gran. Demana un canvi de mentalitat general, de lleis i d'accions que posin per davant valors que no dominen en la societat perquè el que representen serveixi de bon exemple. Una feinada, ho sé. Però si els de dalt ho fan bé...

La ciutadania té dret a estar informada. Això vol dir que s'ha de poder saber si un partit manté el seu programa de govern (encara que ningú se'l llegeixi) i quines són les partides que destina a cada acció governamental. Per exemple. Però perquè aquesta informació sigui transparent també ho han de ser els canals. I les paraules. El llenguatge polític pateix unes malformacions cada vegada més ridícules. I cada vegada més grolleres. La política s'ha de poder expressar correctament i sense la voluntat expressa de ser «el tall de veu més divertit del dia». Els *likes* no han de ser a les xar-

xes socials. No reconèixer els errors o atribuir-los sempre als altres és una manera d'insultar la intel·ligència de la ciutadania. Ho és, també, quan es perpetuen tots els estereotips i es menysprea la capacitat de la meitat de la població. Grècia. Gener del 2015. El partit Syriza, amb Alexis Tsipras al capdavant, forma govern de dotze ministres sense cap dona. És un bon govern? És ètic? És important que qualsevol govern tingui en compte la representació de la meitat de la seva població? És fonamental. La situació de desigualtat entre homes i dones té a veure amb la representació social de les dones, històricament mestresses de casa seva. Per a l'home han quedat els carrers. Ni és bon govern ni és ètic que qualsevol formació discrimini les dones. Aquesta és una meta principal per aconseguir qualsevol canvi generós en la formació d'un bon govern. Una representació equilibrada representa una nova manera de treballar i d'entendre's. Qualsevol pràctica que no tingui a veure amb una visió feminista i, per tant, política, no ens farà avançar a cap de nosaltres, en general. El carrer és, també, de les dones. Els drets són,

també, per a les dones. La valentia en els canvis profunds no és valentia, és necessitat. Pel bé de la humanitat.

És possible governar avui sense caure en cap dels paranys que ofereix el sistema per esquivar obligacions molestes? Què passa quan es delata una pràctica deshonest, corrupta, perversa? La ciutadania, en realitat, vol un govern ètic o un bon govern? Un bon govern pot satisfer unes necessitats ideològiques i econòmiques que no siguin ètiques. Sí? Pot? Es pot fer? Les preguntes sempre són un bon camí.

Natza Farré



Sant Climent de Llobregat. Campanar de l'església
© KIM MANRESA

UN MAL LOCALITZAT

FARS

Recordo que a Bolívia, fa gairebé quaranta anys, vaig tenir un petit accident de trànsit. Va ser en un barri residencial de La Paz molt tranquil. Travessava un carrer i un cotxe em va envestir a molta velocitat i es va estavellar contra el meu. El conductor era un noi jove, de quinze o setze anys. No tenia carnet. Ni ell ni jo ens vam fer mal, però el seu cotxe va quedar desfigurat. El meu, un *jeep*, va resistir prou bé.

Vam cridar la policia, que va prendre nota de tot, i vam anar al jutjat, on hi va haver un petit judici en el qual aquell noi va ser substituït inadvertidament pel seu pare, un empresari benestant. Tot va anar molt ràpid. Un perit va assegurar que, després de mesurar les empremtes de la frenada, la velocitat del cotxe del noi era de setanta quilòmetres per hora, poc més dels seixanta permesos. Sorprès, jo vaig dir que aquella potser hauria estat la velocitat si el cotxe s'hagués aturat tot sol, però que havia xocat contra el meu, de manera que a aquella velocitat calia afegir-hi la del moment de l'impacte. El jutge va dir que no era necessari, que allò era

irrellevant. També va dir que jo tenia una part de la responsabilitat pel que havia passat perquè, tot i que havia mirat abans de travessar el carrer, no havia mirat prou bé, ja que no havia vist venir l'altre cotxe.

El resultat va ser que, com que els danys de l'altre cotxe eren quatre vegades superiors als del meu, la meua companyia d'assegurances encara va haver d'acabar pagant part dels danys de l'altre. Jo estava indignat, però el representant de la companyia em va dir que el jutge havia cobrat de l'altra part i que ho deixés córrer perquè no hi havia res a fer. De si aquell noi tenia carnet o no, no se'n va parlar en cap moment.

Encara em pregunto quants diners devia haver pagat el pare del noi a aquell jutge venal, però no devien ser gaires. Aleshores, a Bolívia la corrupció era per a molta gent un mitjà de vida i les voluntats dels funcionaris, dels jutges i dels policies es compraven per pocs bitllets. Estic parlant de fa dècades i probablement avui ja no és així.

FARS

Nosaltres ara estem convençuts que vivim en un país corrupte. Segons el baròmetre de maig del Centre d'Investigacions Sociològiques, la corrupció és el segon problema que més ens preocupa, darrere de l'atur i molt per davant de la immigració, les drogues, la sanitat, l'administració de justícia o la inseguretat ciutadana.

Però la corrupció a Espanya no té res a veure amb la dels països veritablement corruptes. La justícia és lenta i pot ser imprevisible, però els jutges no es deixen subornar. Els inspectors d'hisenda no paren la mà. Els policies no es venen al millor postor. Els funcionaris no exigeixen incentius per ocupar-se dels assumptes que els sotmetem.

I, tanmateix, no hi ha dubte que hi ha corrupció. Segons l'índex de transparència internacional, que avalua els nivells de corrupció de 176 països amb una puntuació que va del 0 (molt corrupte) al 100 (molt net), Espanya se situa en el lloc 41 amb 58 punts, amb més corrupció que l'Uruguai, França, Polònia i Portugal i menys que Letònia, la República Txeca, Corea del

Sud o Itàlia. És a dir, que ens situem en un nivell intermedi, entre els països més corruptes de la Unió Europea i els més nets d'altres continents.

Hi ha, però, una manca de proporció entre el nivell real de corrupció, que no és tan alt com ens pensem, i la percepció que en tenim, la d'un problema d'una gravetat excepcional. Hi ha hagut moments en els últims anys que els diaris amb prou feines parlaven de res més. Em pregunto si el motiu d'aquesta manca de proporció no rau en l'alt grau de concentració de la corrupció que patim. Si els jutges, els funcionaris i els policies per regla general no són corruptes, qui ho és? Doncs molts polítics, sobretot a escala autonòmica i local.

Si ho pensem amb deteniment, veiem que una part considerable dels escàndols estan lligats al finançament irregular dels partits polítics a través de la concessió de contractes públics i de la requalificació de terrenys per a la construcció. Entre els partits que han tingut responsabilitats de govern, no n'hi ha ni un sense cap cas obert, tot i que n'hi ha que en tenen molts

més que els altres. Hi ha autonomies en què costa trobar un pam de net. Hi ha ajuntaments que han hagut de ser intervinguts. Hi ha polítics —els noms són ben coneguts— que ho han aprofitat per enriquir-se.

Vist l'origen tan concentrat de la corrupció —un tumor molt localitzat, que no ha fet metastasi—, costa evitar la impressió que la podríem reduir de seguida si s'apliquessin amb rigor les normes vigents sobre la contractació pública, sobre la requalificació de terrenys i sobre el finançament dels partits polítics. El codi penal, per exemple, estableix que les empreses culpables de corrupció no podran participar en concursos públics durant un temps determinat. Si aquesta norma s'apliqués amb serietat, les grans empreses s'ho pensarien molt abans de subornar ningú, perquè una condemna faria caure el valor de les accions i podria obligar els directius a dimitir.

Per què no es fa? Per què no s'apliquen de debò les normes existents? De vegades costa evitar la impressió que no es fa perquè els que en tenen la responsabilitat, els partits polítics,

són els que en sortirien més perjudicats. Però el nivell de tolerància social ha baixat molt i la justícia, lenta però inexorable, està actuant. Els procediments utilitzats pels polítics corruptes i pels seus còmplices han quedat a la vista de tothom. Els partits estan sotmesos a una vigilància molt estricta. Potser encara sortiran més casos dels últims anys, però el tumor està controlat.

Hi ha molts graus de corrupció i aquí no hem arribat als més alts, ni de bon tros. Per fortuna, és molt difícil que hi arribem. Aquí, una farsa com aquell judici de La Paz seria impensable.

Carles Casajuana



Badalona. Estació de metro Llerenç
© KIM MANRESA

Les obligacions de transparència de les entitats privades que reben fons públics o que presten serveis públics o serveis d'interès general o universal

Isabel Baixeras Delclòs

I. Introducció

1. Objecte d'estudi

Aquest article planteja una anàlisi jurídica sobre l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern i, específicament, en relació amb la interpretació que escau en dret als apartats d i e del punt 1 de l'article 3 de l'esmentada Llei.

Es tracta d'analitzar les determinacions que la llei preveu per a les entitats que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, que presten serveis públics o que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic, i per a les que duen a terme activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal, vinculades amb l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB).

En particular, es pretén aclarir quin és l'abast de la responsabilitat imputada a l'AMB en relació amb l'efectivitat del deure de transparència de les dites entitats.

2. Els principis que inspiren la legislació sobre transparència

Els principis de transparència, accés a la informació pública i bon govern són citats a l'exposició de motius de la Llei de Catalunya 19/2014, del 29 de desembre, com a principis bàsics que permeten avaluar la qualitat democràtica del funcionament de les administracions públiques.

La finalitat de la llei és l'establiment d'un sistema de relació entre les persones, d'una banda, i l'Administració pública i els altres subjectes obligats, de l'altra, amb els objectius següents:

- Que es faciliti als ciutadans que coneguin l'activitat pública,
- Que s'incentivi la participació ciutadana,
- Que la qualitat de la informació pública i de la gestió administrativa millorin,
- Que es garanteixi la rendició de comptes i la responsabilitat en la gestió pública.

L'apartat 9 del preàmbul de la Llei es refereix a la ciutadania com a destinatària de les eines que li han de permetre el coneixement de l'organització interna de l'Administració, dels elements que fonamenten les seves decisions i dels motius que justifiquen la seva actuació, inclosos els compromisos econòmics que això comporta.

La invocació del principi democràtic i l'esment de la ciutadania com a destinatària dels instruments de transparència són també presents en l'exposició de motius de la Llei espanyola 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. Així doncs, a l'exposició de motius s'hi reclama que els poders públics responguin davant la societat i s'hi adverteix que això només s'aconsegueix quan els ciutadans poden conèixer com es prenen les decisions que els afecten, com es gestionen els fons públics i sota de quins criteris actuen les institucions.

Troblem alguns dels fonaments constitucionals d'aquestes dues lleis a l'article 1.1 de la Constitució, segons el qual Espanya es constitueix en un estat social i democràtic de dret i que propugna com a valors superiors la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític, i a l'article 9 del mateix text, que dicta la subjecció dels poders públics a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic, i encomana als poders públics que promoguin les condicions de llibertat i igualtat real i efectiva dels individus i dels grups socials, que remoguin els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i que facilitin la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social. La interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics, garantida a l'apartat 3 del mateix article 9, també constitueix un vincle clar de les lleis espanyola i catalana amb la Constitució. L'article 105 b, que preveu l'accés dels ciutadans als arxius i als registres administratius, salvant el que afecti la seguretat i la defensa de l'Estat, la indagació dels delictes i la intimitat de les persones, també empara constitucionalment la legislació sobre el dret a la transparència.

Tant la llei estatal de transparència com la del Parlament de Catalunya ofereixen a la ciutadania les eines de control de la gestió pública, i pretenen aconseguir la traçabilitat dels recursos públics fins al seu destí per apoderar la ciutadania i satisfer el principi democràtic.

Pel que fa al dret europeu, la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea garanteix «el dret de tota persona a accedir a l'expedient que l'afecti» (art. 41) i el «dret d'accés als documents del Parlament Europeu, del Consell i de la Comissió» (art. 42). Aquest darrer ja va ser declarat a l'article 255 del Tractat

constitutiu de la Comunitat Europea, i el trobem a l'article 15, apartat tercer, de la versió consolidada del Tractat de funcionament, que ha estat desplegat pel Reglament 1049/2001, de 30 de maig, del Parlament Europeu i el Consell. Malgrat que aquestes normes són d'aplicació directa només a les institucions de la Unió Europea, els tribunals espanyols les invoquen sovint en ocasió de la interpretació de la legislació interna.

El dit Reglament europeu vincula el dret d'accés als principis de transparència, control democràtic sobre els poders públics i participació. La interpretació que en fa el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees és restrictiva amb les excepcions a l'accés, essent que la finalitat de la norma és promoure les bones pràctiques administratives i garantir la transparència com a element de control democràtic.

El principi de transparència és present en moltes disposicions de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. El trobem citat a l'article 71, que es refereix als principis d'organització i funcionament de l'Administració de la Generalitat, entre els quals destaquem els següents:

- Serveix els interessos generals, amb objectivitat.
- Actua amb submissió plena a les lleis i al dret.
- Actua d'acord amb els principis de coordinació i transversalitat, amb la finalitat de garantir la integració de les polítiques públiques.
- Ha de fer pública la informació necessària perquè els ciutadans en puguin avaluar la gestió, d'acord amb el principi de transparència.

La Llei de Catalunya 19/2014, del 29 de desembre, troba també fonament en aquesta disposició estatutària.

La designació de la ciutadania com a destinatària dels instruments que la llei ofereix —que li han de permetre l'avaluació de la gestió pública— i el principi democràtic com a inspirador últim dels principis de transparència i bon govern, són els valors que s'han de tenir en compte en el moment d'interpretar cadascuna de les previsions de la Llei que analitzem.

3. La transparència, la traçabilitat i la lliure competència

El vigent text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, del 14 de novembre, es refereix al principi de transparència dels procediments a l'article 1. La Llei vincula el dit principi a la necessitat de garantir la utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis, i el relaciona amb l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

La relació entre el principi de transparència i el de preservació de la lliure competència inspira, també, la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer 2014, sobre contractació pública. Tot i que el termini de transposició d'aquesta directiva als estats encara no ha vençut (els dos anys previstos acaben el 18 d'abril de 2016), tant la imminència del venciment com la necessitat d'interpretar el dret intern en el sentit de preservar l'efecte útil de la nova regulació —caracteritzada pel principi de primacia del Dret de la Unió Europea— aconsellen interpretar la legislació espanyola sobre contractes a la llum dels principis en què es fonamenta la norma europea. Com que el principi de transparència regeix el procés de selecció dels contractistes i l'adjudicació dels contractes, l'Administració espanyola ha de tenir present que els procediments de licitació han d'anar acompanyats de salvaguardes adequades que en garanteixin l'observança.

La directiva esmentada relaciona la transparència amb la traçabilitat del procés de contractació. La consideració 126 declara que la traçabilitat i la transparència de la presa de decisions en els procediments de contractació són fonamentals per garantir uns procediments adequats, inclosa la lluita eficaça contra la corrupció i el frau.

Per tant, els poders adjudicadors s'han de preparar per facilitar a la ciutadania l'accés als elements i decisions essencials de cada procediment de contractació i als contractes d'alt valor que s'hagin celebrat.

4. Àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei espanyola de transparència

La Llei estatal 19/2013, del 9 de desembre, citada abans, inclou en el seu àmbit d'aplicació les entitats que integren l'Administració local (art. 2.1.a); les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades a qualsevol de les administracions públiques o que en depenen (art. 2.1.d); les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, de les entitats esmentades sigui superior al 50% (art. 2.1.g); les fundacions del sector públic (art. 2.1.h), i les associacions constituïdes per les dites administracions, organismes i entitats (art. 2.1.i).

Segons l'article 3, les disposicions sobre transparència de l'activitat pública també són d'aplicació als partits polítics, les organitzacions sindicals i les organitzacions empresarials, i a les entitats privades que percebin durant el període d'un any ajudes o subvencions públiques en una quantia superior a 100.000 euros o quan el 40 % del total dels seus ingressos anuals tinguin un caràcter d'ajuda o subvenció pública, sempre que assoleixin com a mínim la quantitat de 5.000 euros.

L'article 4 de la Llei espanyola de transparència es refereix a les persones diferents de les que esmenten els articles anteriors que prestin serveis públics o exercixin potestats administratives. Estableix que no els són exigibles totes les disposicions del capítol II, sinó únicament l'obligació de subministrar a l'Administració, organisme o entitat a què estiguin vinculades tota la informació que l'administració, organisme o entitat en qüestió necessiti per al compliment de les seves pròpies obligacions de transparència. Aquesta obligació, que s'estén als adjudicataris de contractes del sector públic en els termes que prevegi el contracte respectiu, només és exigible previ requeriment.

Per tant, el règim de transparència a què la Llei espanyola 19/2013, del 9 de desembre, sotmet les persones jurídiques privades que prestin serveis públics o exercixin potestats administratives es concreta en la imposició de l'obligació d'atendre els requeriments que l'Administració els adrexi.

Pel que fa a les obligacions de transparència exigibles a les persones contractistes del sector públic, es limiten a les que hagin estat previstes en el contracte.

5. Particularitats de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei catalana de transparència

El preàmbul de la Llei de Catalunya 19/2014, del 29 de desembre, es refereix a la necessitat que tots els poders públics donin compte a la ciutadania de la seva activitat i de la gestió dels recursos públics que s'han posat al seu abast, d'acord amb el principi de responsabilitat, i en el context d'un estat democràtic i de dret. Expressa, també, la voluntat de donar compliment a la demanda social de transparència, amb l'extensió del seu àmbit d'aplicació fins a abraçar tots els organismes públics de Catalunya, tinguin o no caràcter administratiu.

Hi llegim, també, que la Llei té, com a principal àmbit subjectiu d'aplicació, les administracions públiques de Catalunya, i que aquesta noció inclou l'Administració de la Generalitat, els ens locals i tots els organismes i entitats de naturalesa administrativa dependents o vinculats a aquestes administracions.

En el paràgraf següent, després de referir-se a les administracions públiques de Catalunya i els organismes i entitats de naturalesa administrativa que en depenen o hi estan vinculats —els quals qualifica com a constitutius de l'àmbit subjectiu principal d'aplicació de les normes sobre transparència i bon govern—, l'exposició de motius afronta la inclusió dins del seu àmbit de les persones privades que exercixen aquestes activitats, les quals subjecta a deures de transparència malgrat que tenen un règim jurídic de dret privat. El sentit de la introducció adversativa —«tanmateix»— destaca que, en aquests casos, el compliment de les obligacions de transparència i informació no es fa efectiu de manera directa, sinó per mitjà de les administracions públiques responsables del servei o de tutelar-lo.

L'exposició de motius justifica l'ampliació de l'àmbit subjectiu esmentada tot fent al·lusió a dues constatacions: d'una banda, que les organitzacions administratives es caracteritzen per la seva diversitat; de l'altra, que cada cop és més estès el fet que algunes activitats públiques o d'interès públic són desenvolupades per agents privats.

L'àmbit d'aplicació de la Llei s'estén, també, a un altre tipus de persones de dret privat: les organitzacions, associacions i fundacions els ingressos de les quals provenen de manera significativa de subvencions o ajuts públics.

La inclusió d'entitats de dret privat dins de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre transparència, com fa la Llei catalana 19/2014, del 29 de desembre, constitueix una intervenció més intensa que la que fa la Llei espanyola 19/2013, del 9 de desembre.

La legitimació d'aquesta major intensitat es manifesta en els factors que detallem tot seguit.

A. La ciutadania, com a referent

Ja hem comentat que la Llei 19/2014, del 29 de desembre, vol establir un sistema de relació entre les persones i els prestadors de serveis públics basada en el coneixement de l'activitat pública, la incentivació de la participació ciutadana, la millora de la qualitat de la informació pública i de la gestió administrativa, i la garantia del retiment de comptes i la responsabilitat en la gestió pública, i hem assenyalat que la ciutadania és la destinatària de les eines de transparència.

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya proclama que els poders públics estan al servei de l'interès general i dels drets de la ciutadania. La relació de servei dels poders públics respecte de la ciutadania legitima la subjecció de les persones privades que exerceixen activitats públiques a la funció de control que els ciutadans vulguin exercir sobre elles.

B. El particular règim en què es prestin els serveis públics no ha d'alterar el dret dels ciutadans a accedir-hi en condicions de qualitat

L'article 30.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya proclama la universalitat del dret de les persones a accedir als serveis públics i a una bona administració. Aquest dret es correspon amb un deure de les administracions públiques: el de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat d'aquests serveis. L'últim incís d'aquesta disposició fa una concreció important: les administracions públiques han de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat dels serveis públics «amb independència del règim de llur prestació».

Veiem, doncs, consagrat a l'Estatut el dret dels ciutadans a accedir als serveis públics i a la bona administració sigui quin sigui el règim a través del qual els siguin prestats. En la mesura que el dret del ciutadà a accedir als serveis en condicions de qualitat abraça el dret a controlar la bona gestió d'aquests serveis mitjançant les eines de la transparència, és del tot raonable que la legislació catalana sobre transparència i bon govern abracci, en el seu àmbit d'aplicació, les persones privades que exerceixen activitats públiques.

C. La intensificació progressiva de la participació del sector privat en l'execució de les polítiques públiques i la prestació dels serveis públics

He comentat abans que l'exposició de motius de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, adverteix que algunes activitats públiques o d'interès públic són desenvolupades per agents privats i que aquest fenomen és cada cop més estès.

L'Estatut d'Autonomia és plenament conscient del fenomen de l'increment progressiu de la participació del sector privat en la prestació dels serveis públics i ofereix eines per subjectar-lo als principis inspiradors de la gestió pública. Vegeu, per exemple, com l'apartat 6 del seu article 71 encomana a les lleis que, en ocasió de la regulació de l'organització de l'Administració de la Generalitat, no es limitin a regular les seves estructures purament administratives, sinó que les exhorta a:

- Preveure modalitats de descentralització funcional.
- Preveure les diverses formes de personificació pública i privada que pot adoptar l'Administració de la Generalitat.
- Tractar les formes d'organització i de gestió dels serveis públics.
- Regular l'actuació de l'Administració de la Generalitat en règim de dret privat.
- Regular la participació del sector privat en l'execució de les polítiques públiques i la prestació dels serveis públics.

Sembla, doncs, que l'increment de la participació del sector privat en la prestació dels serveis públics és, a Catalunya, un fenomen benvingut, però que les lleis catalanes tenen el mandat estatutari de regular la participació d'aquest sector no només en la prestació dels serveis públics, sinó també en l'execució de les polítiques públiques.

La posada en relació d'aquest mandat estatutari amb el dret constitucional, com a persona i com a membre de grups socials, a participar en la vida política, econòmica, cultural i social en condicions de llibertat i igualtat real i efectiva, confirma la idoneïtat de la subjecció dels agents privats prestadors de serveis públics a les normes sobre transparència i bon govern que es desprenen de la Llei 19/2014, del 29 de desembre.

6. Eixos bàsics de la Llei catalana de transparència

Els eixos bàsics de la Llei de Catalunya 19/2014, del 29 de desembre, són:

- La regulació i la garantia de la transparència de l'activitat pública.
- La regulació i la garantia del dret d'accés de les persones a la informació i la documentació públiques.
- L'establiment dels principis i les obligacions de bon govern d'acord amb els quals han d'actuar els alts càrrecs, el personal al servei de l'Administració i la resta de persones a qui és aplicable aquesta llei.
- L'aplicació del govern obert i el foment de la participació i la col·laboració ciutadanes.
- La regulació del règim de garanties i responsabilitats per als casos d'incompliment dels deures i les obligacions.

La voluntat d'estendre l'àmbit d'aplicació de la llei a tots els organismes públics de Catalunya, tinguin o no caràcter administratiu, es reflecteix a l'apartat d de l'article 3: la llei és aplicable a les persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, que presten serveis públics o que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic.

La subjecció al règim català de transparència de les dites persones prestadores de serveis públics o perceptores de fons públics es produeix en les condicions que analitzarem al llarg d'aquest informe.

II. Obligacions genèriques de l'àrea metropolitana de Barcelona com a administració responsable en matèria de transparència

1. Subjecció general a les normes de transparència

L'entrada en vigor del títol II de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, pel que fa als ens que integren l'Administració local, s'ha produït al cap d'un any que la Llei va ser publicada al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. Per tant, des del dia primer de gener de 2016, l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), en la seva condició d'ens local —vegeu l'apartat 2 de l'article 1 de la Llei 31/2010, del 3 d'agost—, està subjecta a les normes sobre transparència en l'activitat pública, publicitat activa, transparència en la gestió administrativa i reutilització de la informació pública que es preveuen als articles 5 a 17 de la llei esmentada.

2. Previsions del Reglament orgànic metropolità

El títol IV del Reglament orgànic metropolità, de 18 de desembre de 2012, regula la transparència a l'article 73, que transcriu:

1. L'AMB assumeix com a objectiu i obligació pròpia ampliar i reforçar la transparència de les seves activitats, i reconeix i garanteix el dret de la ciutadania i els municipis d'accés a la informació relativa a aquestes activitats públiques.

2. Així mateix, l'AMB reconeix el dret fonamental de participar en condicions d'igualtat en els afers públics, de manera directa o bé per mitjà de representants, i es compromet a protegir-lo i facilitar-lo, promovent la participació en l'elaboració, la prestació i l'avaluació de les seves polítiques públiques amb ple respecte als principis de pluralisme, lliure iniciativa i autonomia.

3. Amb l'objectiu d'incrementar el nivell de participació, l'AMB es compromet a revisar i millorar els canals i mecanismes que faciliten la intervenció de la ciutadania i els ajuntaments en la gestió dels seus assumptes, i ampliar-los assajant i posant en pràctica noves fórmules participatives sustentades en les noves tecnologies de la informació i el coneixement.

4. L'AMB vetllarà perquè aquesta cultura de transparència i participació s'incorpori a les pràctiques i metodologies de treball de tots els seus serveis i departaments, i que elaborin i publiquin de forma periòdica i actualitzada la informació rellevant sobre les seves activitats, relacionades amb el funcionament dels serveis públics, de manera que es garanteixi la transparència, seguiment i control.

3. Previsions del Pla d'actuació metropolità

El compromís d'administrar els recursos públics i gestionar els serveis amb transparència, oferint accés a la informació i les dades i vies a la participació, és, per altra banda, un dels vectors definidors de l'AMB, expressat al punt 4 del Pla d'actuació metropolità 2011-2015.

4. Obligacions de l'AMB com a administració responsable

En la seva condició d'Administració titular de vincles amb persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, que presten serveis públics o que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic, l'AMB ha de fer efectiu el compliment de les obligacions que la llei els estableix. L'apartat 2 de l'article 3 la fa responsable de fer efectiu el compliment de l'obligació de transparència que escau a aquestes persones i entitats privades.

El text de la disposició és, literalment, el següent:

2. En els casos de l'apartat 1.d i e, el compliment de les obligacions establertes per aquesta llei l'ha de fer efectiu l'Administració responsable. A aquest efecte, les persones i entitats privades han d'informar l'Administració de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, i de les ac-

titivitats que restin dins la supervisió i el control de l'Administració en el cas de serveis d'interès general o universal. També l'han d'informar de les retribucions percebudes pels càrrecs directius si el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques supera el vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa.

La utilització del concepte «administració responsable» podria generar algun dubte, ja que és possible distingir, en el relat, dues responsabilitats:

- La responsabilitat de l'Administració que és competent per a la prestació del servei i que és, per tant, responsable de la seva òptima prestació davant els ciutadans.
- La responsabilitat de l'Administració que és competent per obtenir de les persones i entitats privades prestadores de serveis la informació necessària per assegurar la transparència.

Com que el compliment de les obligacions establertes per la Llei de transparència l'ha de fer efectiu l'Administració responsable de la prestació dels serveis de què es tracti, totes dues responsabilitats, un cop establertes, recauen en el mateix ens.

Per tant, qui haurà d'obtenir de les persones i entitats privades prestadores de serveis la informació necessària per assegurar la transparència i l'haurà de donar a conèixer, amb caràcter permanent i actualitzat, de la manera que resulti més comprensible per a les persones i per mitjà dels instruments de difusió que els permetin un accés ampli i fàcil a les dades i els facilitin la participació en els assumptes públics, serà, precisament, l'Administració que sigui competent per a la prestació del servei, i el ciutadà serà el beneficiari de totes dues responsabilitats.

Fonamentem aquesta proposta d'interpretació en el segon paràgraf del punt 2 del preàmbul:

Tanmateix, atesa la diversitat de les organitzacions administratives i el fet cada cop més estès que activitats públiques o d'interès públic siguin desenvolupades per agents privats, la Llei també amplia el seu àmbit aplicatiu a les persones privades que exerceixen aquestes activitats, sens perjudici que en aquests casos el compliment de les obligacions de transparència i informació es faci efectiu per mitjà de les administracions públiques responsables del servei o de tutelar-lo. Des d'aquesta perspectiva privada, l'àmbit d'aplicació de la Llei s'estén també a les organitzacions, associacions i fundacions els ingressos de les quals provenen de manera significativa de subvencions o ajuts públics, així com a la regulació del Registre de grups d'interès amb la finalitat que els ciutadans puguin identificar les persones que actuen com a tals i conèixer les relacions que tenen amb l'Administració en defensa d'interessos concrets, així com les regles ètiques a les quals han d'ajustar el capteniment.

Per afinar la interpretació, acudeixo, també, a l'expressió (una mica més completa) que s'utilitza al punt 2 de l'article 60, quan dona resposta a la qüestió de

qui ha d'establir indicadors per a l'elaboració d'enquestes i consultes. Aquesta funció s'encomana a «l'Administració responsable del servei».

El text literal és el següent:

- 1. Els usuaris tenen el dret d'ésser consultats periòdicament i de manera regular sobre llur grau de satisfacció pel que fa als serveis públics i les activitats gestionades per l'Administració pública.*
- 2. L'Administració responsable del servei objecte de consulta ha d'establir els indicadors d'acord amb els quals s'han d'elaborar les enquestes i la periodicitat de les consultes.*

Així, doncs, l'AMB ha de dur a terme les funcions d'administració responsable en matèria de transparència pel que fa als serveis i les funcions en relació amb els quals la llei li assigna competència per a la prestació i desenvolupament.

III. Pel que fa a les persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives o que presten serveis públics compreses a la lletra d de l'article 3.1 de la llei

A l'apartat d del punt 1 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, trobem dues categories de persones a les quals és d'aplicació la Llei de transparència:

- D'una banda, les persones físiques o jurídiques diferents de les que es relacionen als apartats a, b i c que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, o que presten serveis públics.*
- D'altra banda, les persones físiques o jurídiques que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic.*

Les persones jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, o que presten serveis públics, incloses als apartats a, b i c de l'apartat 1 de l'article 3, són les següents: l'Administració de la Generalitat i els ens de l'Administració local de Catalunya, els organismes i ens públics, les societats amb participació majoritària o vinculades, les fundacions del sector públic, les entitats de dret públic dependents o vinculades amb les administracions esmentades, les entitats de dret públic que actuen amb independència funcional o amb una autonomia especial reconeguda per llei que exerceixen funcions de regulació o supervisió externa sobre un determinat sector o activitat, les institucions de la Generalitat a què fa referència el capítol V del títol II de l'Estatut d'autonomia, els col·legis professionals i les corporacions de dret públic en allò que afecta l'exercici de llurs funcions públiques i els consorcis o altres formes associatives i

llurs ens vinculats i societats mercantils en què participa de manera majoritària alguna d'aquestes administracions, les universitats públiques de Catalunya i els ens que en depenen o hi estan vinculats o participats, incloses les societats mercantils, les fundacions i altres ens instrumentals.

Coherentment, l'apartat d s'ha de referir a les persones físiques o jurídiques diferents de les esmentades, que també exerceixen funcions públiques o potestats administratives, o que presten serveis públics.

1. Serveis públics que són de la competència de l'AMB

Per tal d'establir quines poden ser concretament les entitats al·ludides a l'apartat 1.d, generadores de la responsabilitat de transparència per a l'AMB, cal identificar quins serveis públics són de la seva responsabilitat i quins es presten per sistemes de gestió indirecta.

L'article 14 de la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, detalla les competències i els serveis dels quals l'AMB és titular. Per l'interès que aquesta relació ofereix a l'efecte de l'informe que ens ocupa, en desglossaré les funcions i serveis, els quals exposo seguidament de manera esquemàtica:

1. Funcions en matèria d'urbanisme
2. Funcions i serveis en matèria de transport urbà
 - a. El servei de transport públic urbà col·lectiu de viatgers en superfície, llevat del sistema tramviari.
 - b. El servei de transport públic subterrani de viatgers.
 - c. Les funcions públiques en l'ordenació i la intervenció administratives del servei de taxi.
 - d. Les funcions d'aprovació del Pla metropolità de mobilitat urbana.
 - e. Les funcions de coordinació i la gestió dels serveis complementaris de la mobilitat que comporten l'ús especial o privatiu de la via pública i l'ordenació i la gestió del transport de viatgers amb una finalitat cultural i turística, per delegació dels ajuntaments.
 - f. La funció de promoció del transport sostenible.
3. Funcions i serveis en matèria d'aigües
 - a. El servei de subministrament domiciliari d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa.
 - b. La gestió de l'aigua, directa o indirecta.
 - c. La funció de regular, prèviament a l'autorització de la Comissió de Preus de Catalunya, els preus de les tarifes d'aigua.
 - d. El sistema públic de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals, i també la regeneració d'aquestes aigües per a altres usos.
 - e. La funció de coordinar els sistemes municipals de sanejament en baixa i, en particular, la planificació i la gestió integrada de l'evacuació d'aigües pluvials i residuals i de les xarxes de clavegueram.

4. Funcions i serveis en matèria de residus
 - a. El servei de tractament, valorització i disposició dels residus municipals i dels enderrocs procedents d'obres menors i de reparació domiciliària.
 - b. La funció de coordinar els sistemes municipals de recollida de residus municipals.
 - c. El servei de tria i selecció d'envasos.
 - d. El servei de deixalleria.
5. Funcions i serveis en matèria de medi ambient
 - a. La coordinació i la formulació d'un Pla d'actuació metropolitana per a la protecció del medi ambient, la salut i la biodiversitat, i de mesures de lluita contra el canvi climàtic, així com la formulació d'una Agenda 21 metropolitana.
 - b. La funció de col·laborar en l'elaboració dels mapes de capacitat acústica i els mapes estratègics de sorolls.
 - c. La funció d'emetre els informes ambientals establerts per la legislació sobre intervenció de l'Administració ambiental en els procediments d'atorgament de llicències ambientals municipals.
 - d. La funció de col·laborar amb els municipis per programar les polítiques d'ordenació ambiental.
 - e. La funció de promoure la gestió d'instal·lacions públiques i privades d'energies renovables.
6. Funcions i serveis en matèria d'infraestructures d'interès metropolitana
7. Funcions de vertebració territorial necessàries per a l'articulació, la connectivitat, la mobilitat i la funcionalitat del territori, i actuacions que fan referència bàsicament a les infraestructures i a la gestió de la mobilitat, els parcs, les platges, els espais naturals, els equipaments, les dotacions, les instal·lacions i els serveis tècnics, mediambientals i de proveïment.
8. Funcions i serveis en matèria de desenvolupament econòmic i social
 - a. Funcions de foment de l'activitat econòmica, promoció de l'ocupació i la creació d'empreses en els camps de la indústria, el comerç, els serveis i els recursos turístics.
 - b. Funcions de promoció d'un Pla estratègic metropolitana que afavoreixi la modernització, la recerca i la innovació.
9. Funcions i serveis de cohesió social i territorial
 - a. Funcions de promoció de la implantació de polítiques públiques comunes en matèria de serveis municipals i de foment de la cohesió social i territorial.
 - b. Participació en la Comissió de Seguretat de l'àmbit territorial corresponent per fomentar polítiques públiques en matèria de convivència ciutadana.

2. En relació amb els prestadors dels serveis

Segons l'article 17 de la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, una de les determinacions que el Consell ha de prendre en relació amb la prestació i l'establiment de serveis, és la forma de gestió que adoptarà.

Pel que fa a la planificació i programació, l'article 15 de la Llei esmentada es refereix al Pla d'actuació metropolitana, que aprova el Consell Metropolità, en el qual s'estableixen els programes, els eixos, les actuacions i les accions que convinguin per a la prestació i l'establiment de serveis metropolitans. Els programes d'actuació despleguen el Pla d'actuació i regulen la prestació i, si escau, l'establiment dels serveis metropolitans.

Al Pla d'actuació metropolitana 2011-2015, aprovat el juliol de 2011, hi veiem que el Consell Metropolità ha concretat, operativament, els objectius funcionals i les mesures aplicades en el desenvolupament de les competències atorgades per la llei, així com les grans línies d'actuació i els objectius sectorials. El Pla s'estructura sobre la base de cinc àrees de gestió —Administració i Territori, Transport i Mobilitat, Medi Ambient, Desenvolupament Econòmic i Planificació Estratègica— i la informació es presenta recollida en dos apartats per a cada àrea —una introducció referida a les competències, línies d'actuació, objectius sectorials i missió; i els objectius funcionals i les mesures.

En els casos en què l'AMB ha optat per la gestió indirecta del servei a través d'un contracte de gestió de serveis públics, els contractistes incorren en la casuística de l'apartat 1.d de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. Com a subjectes obligats per la legislació de transparència, aquests contractistes han d'informar l'AMB de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, per tal que aquesta, en la seva condició de titular de la competència i d'administració responsable, faci efectius els deures de transparència que els incumbeixen.

3. En relació amb els subcontractistes

Cal tenir en compte que el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, admet la subcontractació. A l'article 227 preveu que el contractista pot concertar amb tercers la realització parcial de la prestació, llevat que el contracte o els plecs disposin el contrari o que per la seva naturalesa i condicions es dedueixi que aquella ha de ser executada directament per l'adjudicatari.

Interessa identificar si el vincle que el subcontractista adquireix amb l'Administració confereix, a aquesta segona, la condició d'administració responsable a l'efecte de transparència.

Pel que fa a la qüestió que ens ocupa, de l'article 227 del text refós destaquem que l'adjudicatari està obligat a comunicar anticipadament a l'Administració i per escrit les dades següents:

- la intenció de subscriure els subcontractes
- la part de la prestació que es pretén subcontractar
- la identitat del subcontractista
- la justificació de l'aptitud del subcontractista per executar la prestació.

En el cas que tingui la intenció de subscriure subcontractes que s'apartin de les previsions de l'oferta, el contractista ha d'abstenir-se de subcontractar mentre no compti amb el consentiment de l'Administració, o bé abans que hagin transcorregut vint dies des que li hagi comunicat la intenció de fer-ho, i aportar les justificacions esmentades abans (excepte en casos d'urgència).

El subcontractista queda obligat només davant el contractista principal, que assumirà, davant l'Administració, la responsabilitat total de l'execució del contracte d'acord amb els plecs de clàusules administratives particulars i els termes del contracte. El coneixement que l'Administració tingui dels subcontractes celebrats en virtut de les comunicacions o l'autorització que atorgui no alteren la responsabilitat exclusiva del contractista principal.

Es planteja la qüestió de si la «responsabilitat total» que el contractista assumeix davant l'Administració, amb alliberament del subcontractista de les seves obligacions, es refereix únicament a les obligacions relatives a l'execució del contracte o si s'estendria, potser, a les obligacions relatives a la transparència.

Pel que fa al règim legal, ja hem vist que l'Administració competent no pot ignorar qui és el subcontractista que presta serveis i quin és l'abast de la seva prestació; en definitiva, no se'n pot desentendre. Cal acudir, també, als principis rectors de la transparència, que en donen els criteris d'interpretació.

La concepció del dret a la transparència com un dret de la ciutadania receptora de les prestacions de serveis públics, sigui quin sigui l'agent que les desenvolupa, i la interpretació de la legislació de contractes del servei públic d'acord amb el principi de traçabilitat del procés que es desprèn de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, donen lloc a la conclusió que el subcontractista que presti serveis, la identitat del qual l'Administració competent per al servei no pot ignorar, està directament vinculat amb l'Administració responsable del servei a l'efecte de la informació que ha de ser objecte de transparència.

4. Conclusió pel que fa a la responsabilitat de l'AMB relativa al deure de transparència dels que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, o que presten serveis públics

Cal concloure que les persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives i que presten els serveis a què fa referència l'apartat d de l'article 3.1 de la Llei són les persones físiques i jurídiques contractistes i subcontractistes de la gestió dels serveis metropolitans en matèria d'urbanisme, de transport urbà, d'aigües, de residus, de medi ambient, d'infraestructures d'interès metropolità, de desenvolupament econòmic i social i de cohesió social i territorial.

Aquestes persones físiques i jurídiques tenen la condició de subjectes obligats, a l'efecte de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i l'AMB, en la seva condició d'administració responsable dels serveis, és també responsable de fer efectives les obligacions de transparència dels subjectes obligats esmentats.

IV. Pel que fa a les persones físiques o jurídiques que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic

Segons l'exposició de motius de la Llei 38/2003, del 17 de novembre, general de subvencions, una part important de l'activitat financera del sector públic es canalitza a través de subvencions, per tal de donar resposta, amb mesures de suport financer, a demandes socials i econòmiques de persones i entitats públiques o privades.

Així mateix, s'hi afegeix que les subvencions són una modalitat important de despesa pública i que, per tant, s'han d'ajustar a les directrius de la política pressupostària. Més endavant, la mateixa exposició de motius aprecia que, gràcies a la política de subvencions, les necessitats de finançament del sector públic s'han reduït progressivament amb efectes dinamitzadors sobre l'activitat, el creixement i el desenvolupament econòmic i la creació d'ocupació, i ho relaciona amb l'austeritat en la despesa corrent, i amb una millor selecció de les polítiques públiques en què es posa l'èmfasi en les prioritats de despesa i en l'increment del control i de l'avaluació.

Les persones físiques o jurídiques que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic tenen també la condició de subjectes obligats, a l'efecte de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

1. A quines entitats subvencionades es refereix la Llei 19/2014?

Una primera qüestió que es planteja és si la subjecció al règim de transparència del títol II de la Llei 19/2014 comprèn les persones i entitats que perceben qualsevol subvenció, sigui quina sigui la quantia, o bé si hi ha alguna limitació al respecte.

La lectura de l'últim incís de l'apartat d del punt 1 de l'article 3 podria fer entendre que l'obligació de transparència abraça totes les persones que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic, sigui quina sigui la seva quantia i la proporció que suposi en el seu sistema d'ingressos, però el cert és que l'apartat 4 del mateix article 3 matisa aquesta subjecció:

4. Les obligacions de transparència establertes pel títol II també són aplicables als partits polítics, a les associacions i fundacions vinculades, a les organitzacions sindicals i empresarials i a les entitats privades en els supòsits següents:

- a) Si perceben subvencions o ajuts públics de més de 100.000 euros anuals.*
- b) Si almenys el quaranta per cent de llurs ingressos anuals procedeix de subvencions o ajuts públics, sempre que aquesta quantitat sigui de més de 5.000 euros.*

2. Obligació de publicitat activa que incumbeix a l'administració que concedeix la subvenció o ajut públic

El deure de publicitat activa que incumbeix a l'AMB en relació amb les subvencions que hagi concedit s'afegeix a l'obligació que estableix l'article 18 de la Llei 38/2003, del 17 de novembre, general de subvencions, que és la de publicar-les en el diari oficial corresponent amb expressió de la convocatòria, el programa i el crèdit pressupostari al qual s'imputin, el beneficiari, la quantitat concedida i la finalitat o finalitats de la subvenció.

Com que es tracta d'una activitat de l'apartat a del punt 1 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, que no constitueix l'objecte d'aquest informe, ho deixo només apuntat.

3. Abast de l'obligació de transparència per a les entitats subvencionades que són subjecte obligat

El principi de transparència és citat a la Llei 38/2003, del 17 de novembre, com a inspirador del règim de subvencions. El veiem, en concret, a l'article 8.3:

La gestió de les subvencions a què es refereix aquesta Llei s'ha de fer d'acord amb els principis següents:

- a) Publicitat, transparència, concurrència, objectivitat, igualtat i no discriminació.*

- b) *Eficàcia en el compliment dels objectius fixats per l'Administració atorgant.*
- c) *Eficiència en l'assignació i la utilització dels recursos públics.*

Pel que fa a les obligacions d'informació pròpies del règim de subvencions, cal tenir present que, a les obligacions que es relacionen amb el control financer i les que tenen com a funció fer efectiu el control del fi, i que es regeixen per la legislació sectorial —que interessen a l'Administració que ha atorgat la subvenció—, s'hi sumen les derivades del règim de transparència, que han de servir per fer possible el control de la ciutadania.

L'article 15 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, conté obligacions específiques per al subjecte que exerceixi l'activitat subvencional. No em referiré a totes elles, perquè no escauen en l'objecte d'aquest informe, però sí que esmentaré les de l'apartat 2, perquè de la descripció de l'obligació de l'Administració que concedeix l'ajut es desprèn una obligació per a la persona receptora de la subvenció:

Les bases reguladores de la concessió de subvencions i ajuts públics que es puguin atorgar per un import superior a 10.000 euros han d'incloure l'obligació dels beneficiaris, si són persones jurídiques, de comunicar als subjectes obligats la informació relativa a les retribucions de llurs òrgans de direcció o administració, a l'efecte de fer-les públiques. En els supòsits legals en què no s'apliqui un procés de concurrència per atorgar les subvencions o els ajuts, aquesta obligació l'ha d'incloure l'acte o el conveni corresponent.

Aquesta previsió concreta un dels deures que tenen les persones jurídiques que rebin una subvenció superior a 10.000 euros: l'obligació de comunicar a l'Administració responsable —l'entitat subvencionadora—, a l'efecte que la faci pública, la informació relativa a les retribucions dels seus òrgans de direcció o administració.

V. Entitats al·ludides a l'apartat 1.e generadores de la responsabilitat de transparència per a l'AMB

El desenvolupament progressiu d'activitats públiques o d'interès públic per part d'agents privats —que l'exposició de motius de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, esmenta (m'hi he referit abans) i que l'Estatut d'Autonomia de Catalunya detecta a l'article 71.6, amb la invitació a l'Administració a regular la participació del sector privat en l'execució de les polítiques públiques i la prestació dels serveis públics— apareix reflectit a l'apartat e del punt 1 de l'article 3, que confereix obligacions de transparència a les persones físiques o jurídiques que duen a terme activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal.

1. Quins són els serveis d'interès econòmic general?

Els serveis d'interès econòmic general són activitats de servei comercial que compleixen missions d'interès general i que estan subjectes a obligacions específiques de servei públic. Ho són les xarxes de transport, d'energia i de comunicació i els serveis postals.

Atès el lloc que els serveis d'interès econòmic general ocupen entre els valors comuns de la Unió Europea, així com el paper que tenen en la promoció de la cohesió social i territorial, l'article 14 del Tractat de funcionament, versió consolidada 2012/C326/01, ordena a la Unió i els estats membres que, d'acord amb les seves competències respectives i en l'àmbit d'aplicació dels tractats, vetllin perquè els dits prestadors actuïn d'acord amb els principis i condicions que els permetin complir la seva comesa.

El Parlament Europeu i el Consell han d'establir aquests principis i condicions mitjançant reglaments, sens perjudici de la competència que incumbeix als estats membres, dins del respecte als tractats, per prestar, encarregar i finançar aquests serveis.

2. Com se'ls apliquen les normes de lliure mercat i competència?

La Unió Europea vol garantir que la competència no es vegi falsejada en el mercat interior i vetlla perquè a totes les empreses que operen dins de l'espai europeu se'ls apliquin normes similars. Al capítol 1 del títol VII del Tractat de funcionament de la Unió Europea s'estableixen les bases de les normes comunitàries en matèria de competència. Segons l'apartat 2 de l'article 106, les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin el caràcter de monopoli fiscal se sotmeten a les normes dels tractats, especialment a les normes sobre competència, en la mesura que l'aplicació d'aquestes normes no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica que se'ls confia.

Així, doncs, les empreses que prestin serveis d'interès econòmic general només quedaran sotretes de les normes de la competència quan el compliment de la missió específica que se'ls confia ho requereixi, la competència no en resulti falsejada i no es contrariïn els interessos públics.

3. La transparència en el context de la garantia dels drets dels consumidors i usuaris

La prestació de molts d'aquests serveis bàsics o essencials ha evolucionat, des de la seva configuració inicial de servei públic reservat a l'Administració, fins a la prestació per empreses privades, en règim de lliure mercat, que predomina a l'actualitat.

La liberalització de la prestació d'unes activitats considerades essencials no ha de comportar, però, la disminució de drets i garanties per als usuaris.

Un dels drets bàsics dels consumidors i usuaris que proclama l'article 8 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, és el d'obtenir la informació correcta sobre els serveis que se li ofereixin per facilitar el coneixement sobre el seu ús, consum o gaudi adequats.

Els drets relacionats amb la prestació de serveis que es consideren bàsics o essencials en la vida quotidiana de les persones van prenent cada cop més relleu. Entre ells hi ha el dret d'obtenir la informació correcta sobre els serveis que se li ofereixin.

El procés de liberalització i privatització d'activitats i de serveis públics a què m'he referit té com a principal conseqüència que l'Administració ja no és l'únic subjecte a qui l'ordenament atribueix obligacions de servei públic, sinó que també ho són, per l'activitat que desenvolupen, determinats sectors econòmics privats.

La Llei 19/2014, del 29 de desembre, se'n fa ressò i, a fi d'afavorir el control per part de la ciutadania de les entitats prestadores de serveis d'interès general o universal, articula el deure de transparència a través del control per l'Administració que les supervisa.

VI. Abast de la responsabilitat de l'AMB pel que fa al compliment de les obligacions que la llei estableix per a les persones i entitats privades vinculades

Seguidament, em referiré a les obligacions de l'AMB en matèria de responsabilitat per transparència, és a dir, amb quin abast i de quina manera l'AMB ha de fer efectiu el compliment de les obligacions que la llei estableix per a les persones i entitats privades que hi estiguin vinculades i que exerceixin funcions públiques, que gestionin serveis públics i que percebin fons públics.

1. Distinció entre les obligacions del subjecte obligat i les obligacions de l'Administració responsable

A l'efecte de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, les persones físiques o jurídiques contractistes i subcontractistes de la gestió dels serveis metropolitans que exerceixen funcions públiques o potestats administratives o presten serveis públics, i les persones que, per la raó que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic, tenen la condició de subjectes obligats. El compliment de les obligacions que la llei estableix per a elles l'ha de fer efectiu l'Administració responsable. Així ho preveu l'apartat 2 de l'article 3 de la Llei.

Trobem, doncs, diferents àmbits d'obligació, en funció del subjecte obligat, que tenen la seva font en la Llei 19/2014, del 29 de desembre:

- A.** L'obligació de les persones i entitats privades de l'apartat 1.d de la Llei d'informar l'Administració amb qui estan vinculades, en relació amb les dades següents:
 - a) Les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics.
 - b) Les retribucions percebudes pels càrrecs directius si el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques supera el vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa.
- B.** L'obligació de l'Administració responsable del servei públic de dur a terme la publicitat activa d'acord amb les exigències del capítol II del títol II.
- C.** L'obligació de l'Administració tutora dels serveis d'interès general o universal.

En qualsevol cas, la informació que l'Administració responsable obté de les entitats que hi estan vinculades s'insereix dins del concepte d'informació pública que defineix l'article 2.b de la Llei 19/2014, del 29 de desembre:

c) Informació pública: la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei.

2. Anàlisi de les obligacions concretes de publicitat activa

Essent que els instruments bàsics i generals de gestió de documents públics per donar compliment i efectivitat a les obligacions de transparència són el Portal de la Transparència i les seues electròniques o llocs web de les administracions locals i la resta d'administracions i entitats (article 5.5 de la Llei), la publicació dels documents de què es tracti és una responsabilitat de l'Administració o entitat gestora de cada portal o web, amb la particularitat que un sistema complet d'enllaços ha de facilitar l'accés a les seues electròniques de les adminis-

tracions públiques o entitats corresponents, fins a configurar una plataforma electrònica de publicitat activa a Internet.

Cal preguntar-se com es produirà, doncs, l'accés a la informació procedent de les entitats de l'apartat d de l'article 3.1 de la Llei a aquesta plataforma, que, tot i estar interconnectada, depèn en últim terme de l'Administració de la Generalitat, que és qui organitza i gestiona el Portal de la Transparència.

El mateix article 5 de la Llei dona la resposta: els subjectes a què fa referència l'article 3.1.d i e han de complir llurs obligacions de transparència en els termes que estableix l'article 3.2. Recordem que en els casos de l'apartat 1.d i e és l'Administració responsable qui ha de fer efectiu el compliment de les obligacions establertes per la llei. Per tant, l'Administració responsable ha de recaptar de les persones i entitats privades la informació de les activitats sotmeses a transparència.

Les obligacions de publicitat activa i d'accés a la informació que la llei estableix no són comunes a totes les entitats incloses en l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei, de manera que serà necessari determinar quines incumbeixen a les entitats dels apartats d i e de l'article 3.1 de la Llei.

Amb aquesta finalitat acudirem a allò que el mateix text legal estableix, i oferirem criteris per discernir si les activitats estan directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics. Els dubtes que es plantegin en cada cas s'hauran d'integrar tenint en compte la finalitat de la norma: fer possible que els ciutadans puguin avaluar la gestió del sistema de prestació de serveis públics, d'acord amb el principi de retiment de comptes, lligat al principi democràtic.

VII. Contingut de l'obligació de publicitat activa pel que fa a les activitats de les entitats dels apartats d i e de l'article 3.1 de la llei

Per establir el contingut de l'obligació de publicitat activa, determinarem quina és la font, veurem quins són els límits i, seguidament, analitzarem les diferents matèries en relació amb les quals hi ha un deure genèric d'informació, per comprovar si comprèn l'activitat de les entitats de l'apartat d i e de l'article 3.1 de la Llei.

1. Font de les obligacions de transparència

A l'efecte de qualificar les obligacions de què parlem, cal tenir present que els deures de transparència de l'activitat pública tenen la seva font en la llei;

principalment, en la Llei 19/2014, del 29 de desembre, però també en d'altres cossos legislatius.

La Llei preveu que l'Administració responsable recordi les obligacions de transparència als subjectes obligats en els plecs de clàusules contractuals i en les bases de convocatòria de subvencions o ajuts. Ara bé: el deure de referir-se expressament a les obligacions de transparència de les persones contractistes o beneficiàries de l'ajut en el moment de l'inici o perfeccionament del negoci jurídic contractual o de subvenció no converteix en contractual una obligació que és legal.

Efectivament, els apartats d i e del punt 1 de l'article 3 de la Llei catalana 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, no vinculen les obligacions dels contractistes i prestadors dels serveis públics a allò que prevegin els contractes respectius, sinó que les declaren vinculades, amb la condició de «subjectes obligats», en la mesura que presten serveis públics, que perceben fons públics o que despleguen activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal.

Aquest règim jurídic no coincideix pas amb el de la Llei de l'Estat 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, la qual, en referir-se a les obligacions de subministrar informació dels adjudicataris de contractes del sector públic, s'atén als termes que prevegi el contracte respectiu.

2. Els límits

L'apartat 2 de l'article 7 preveu que el principi de transparència s'ha d'interpretar i aplicar en tots els casos de manera preferent. Qualsevol limitació en l'aplicació del principi de transparència s'ha de fonamentar en un límit o una excepció expressament establerts per una norma amb rang de llei.

No és menys cert, però, que l'apartat 1 del mateix article parla dels límits aplicables a les obligacions de transparència, en el sentit següent:

1. Els límits aplicables a les obligacions de transparència són els mateixos que el títol III estableix per al dret d'accés a la informació pública, especialment els relatius a la protecció de dades de caràcter personal.

Trobem, a l'article 21 de la Llei, els límits al·ludits per l'article 7.1.

1. El dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a:

a) La seguretat pública.

b) La investigació o la sanció de les infraccions penals, administratives o disciplinàries.

c) El secret o la confidencialitat en els procediments tramitats per l'Administració pública, si el secret o la confidencialitat són establerts per una norma amb rang de llei.

- d) *El principi d'igualtat de les parts en els processos judicials o la tutela judicial efectiva.*
 - e) *Els drets dels menors d'edat.*
 - f) *La intimitat i els altres drets privats legítims.*
 - g) *El secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial.*
2. *El dret d'accés a la informació pública també pot ésser denegat o restringit si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei.*
3. *Té la condició de protegida, en tots els casos, la informació relativa als menors d'edat el coneixement o la divulgació de la qual pot condicionar el lliure desenvolupament de llur personalitat en el futur. L'accés a la informació pot ésser denegada en aquest supòsit, llevat que se'n pugui garantir el caràcter anònim, i sens perjudici del que estableixen els articles següents.*

L'article 22 fa referència als principis que regeixen el dret d'accés a la informació pública, que també han de ser presos en consideració en la interpretació de l'obligació de transparència. L'apartat 1 esmenta el principi de proporcionalitat:

1. Els límits aplicats al dret d'accés a la informació pública han d'ésser proporcionals a l'objecte i la finalitat de protecció. L'aplicació d'aquests límits ha d'atendre les circumstàncies de cada cas concret, especialment la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés a la informació.

Pel que fa al caràcter personal d'alguna de les dades sotmeses a publicitat activa, l'aplicació analògica de les normes del capítol III ha de donar lloc a les matisacions següents:

No són accessibles —i tampoc han de ser objecte de publicitat activa— les dades personals especialment protegides, com ara les relatives a la ideologia, l'afiliació sindical, la religió, les creences, l'origen racial, la salut i la vida sexual, i també les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives que no comportin l'amonestació pública a l'infractor, llevat que l'afectat hi consenti (article 23).

L'article 24.1, tot i que parla dels límits al dret d'accés i, per extensió, al deure de transparència, dona una indicació molt útil pel que fa a l'àmbit que roman transparent. Efectivament, l'apartat 1 de l'article 24 diu que:

1. S'ha de donar accés a la informació pública si es tracta d'informació directament relacionada amb l'organització, el funcionament o l'activitat pública de l'Administració que contingui dades personals merament identificatives llevat que, excepcionalment, en el cas concret hagi de prevaler la protecció de dades personals o altres drets constitucionalment protegits.

És interessant comprovar que el caràcter de la informació és decisiu en la determinació de si és o no accessible: és accessible (i, per tant, hi ha deure de transparència) quan la informació de què es tracti estigui relacionada amb l'organització, el funcionament o l'activitat pública de l'Administració de manera directa.

3. Informacions subjectes a transparència

L'apartat 2 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, després d'establir que, en els casos de l'apartat 1.d i e, el compliment de les obligacions de transparència l'ha de fer efectiu l'Administració responsable, es refereix de manera genèrica a les dades que les persones i entitats privades han de comunicar a l'Administració.

L'apartat 2 de l'article 6 estableix que les obligacions de transparència que s'hi estableixen són mínimes i generals, i s'entenen sens perjudici d'aquelles que les lleis puguin establir d'una manera més detallada i específica.

En qualsevol cas, els subjectes obligats han de difondre la informació pública d'interès general d'una manera veraç i objectiva, de forma constant i en actualització permanentment, organitzada de manera que sigui fàcilment accessible i comprensible, ordenada temàticament i cronològicament, i fer ús de mitjans informàtics comprensibles interoperables i reutilitzables.

L'article 8 de la Llei fa una relació oberta, no exhaustiva, de les informacions subjectes al seu règim. Es tracta de matèries en relació amb les quals els subjectes obligats han de fornir la informació que sigui congruent amb la finalitat de coneixement prevista en cada cas, tal com aclareix l'apartat 2 de l'article 8.

D'acord amb el punt 1 de l'article 8, a la llista d'informacions concretes subjectes al règim de transparència que estan relacionades des de l'epígraf a fins al l, cal afegir-n'hi dues més, que són les de la lletra m, que confereixen a la relació un caràcter essencialment obert:

- Qualsevol matèria d'interès públic
- Les informacions que siguin demanades amb més freqüència per via de l'exercici del dret d'accés a la informació pública.

Tot i que aquestes dues categories tenen una certa ambigüïtat, no sembla que hi hagi d'haver gaire problemes en la interpretació de la primera, ja que el concepte d'interès públic ha estat estudiat àmpliament i desenvolupat per la doctrina i la jurisprudència. Efectivament, el servei dels interessos generals és el principi que fonamenta i justifica l'actuació de les administracions públiques, d'acord amb l'article 103 de la Constitució. La Llei 30/92, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, l'ha desplegat a l'article 3, i la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que entrarà en vigor el proper dia primer d'octubre, el desenvolupa amb més precisió.

En qualsevol cas, pel que fa a l'aplicació d'aquest concepte al deure de publicitat activa que escau a les entitats dels apartats 1.d i e del punt 1 de l'article 3 de la Llei, cal entendre que es concreta en l'interès públic inherent a la matèria

en relació amb la qual l'Administració els hagi atribuït les funcions encomanades.

No serà, potser, tan senzill delimitar quines informacions esdevindran matèria objecte de transparència pel fet que hagin generat més requesta en ocasió de l'exercici del dret d'accés.

Una primera concreció que ajudarà a la interpretació d'aquesta norma és el caràcter públic que ha de tenir la informació requerida. Efectivament, no haurien d'entrar en el cercle de la transparència totes les informacions de qualsevol gènere demanades amb més freqüència, sinó només aquelles que tinguin la condició d'informació pública, per tal com les peticions a què es refereix són formulades en exercici del dret d'accés a la informació pública. Cal tenir present que la informació pública és, d'acord amb l'article 2.b de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, la que ha estat elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb la llei.

Una interpretació coherent i proporcionada de la Llei aconsella llegir les dues casuístiques com a parcialment coincidents: caldria considerar que la transparència no afecta les informacions que no siguin d'interès públic, fins i tot en el cas que hagin estat demanades amb molta freqüència.

Una segona qüestió que es planteja és la previsió que no totes les peticions d'accés es resolran afirmativament. L'Administració que les rep ha de valorar, primer, si són prou precises (si no ho són, ha d'assessorar i assistir el sol·licitant perquè les concreti); les ha de sotmetre a un tràmit d'admissió; les ha de derivar, si escau; ha de donar audiència als tercers interessats, si els seus drets o interessos en poden resultar afectats, i les ha de resoldre, d'acord amb la llei, en sentit estimatori o desestimatori, segons correspongui.

Els principis de coherència i de proporcionalitat aconsellen que, en relació amb les matèries que hagin despertat l'interès majoritari de les persones que exerceixin el dret d'accés, s'incloguin en el règim de publicitat activa només aquelles que hagin estat resoltes positivament.

4. Efectes i conseqüències d'un eventual incompliment

Per determinar el mecanisme amb què s'ha de produir el compliment de les obligacions de transparència en el si de l'AMB, hem de tenir present que a Catalunya la font de l'obligació de transparència dels contractistes i beneficiaris d'ajuts és la llei i, per altra banda, que és a través de l'Administració responsable que s'ha de fer efectiu.

A la pràctica, pot ocórrer que algunes d'aquestes entitats acompleixin diligentment la seva obligació d'informar l'Administració responsable de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, així com de les activitats de prestació de serveis d'interès general que tingui sota la seva supervisió i control, però que d'altres es retardin a l'hora de facilitar les dades.

Les entitats que eventualment incorrin en demora en l'acompliment d'aquesta tasca han de ser, naturalment, interpellades a aquest efecte per l'Administració responsable. En ocasió de la interpellació, l'Administració responsable ha de ser conscient que el deure de transparència en l'activitat pública és una obligació legal, per més que sigui útil i indicat que el contracte en recordi l'obligació.

Per tant, les persones físiques i jurídiques que, essent subjectes obligats en virtut dels apartats d i e del punt 1 de l'article 3, incorrin en incompliment de les obligacions que estableix l'apartat 2 de l'article 3 —és a dir, en els casos en què les entitats esmentades no informin puntualment l'Administració responsable amb l'abast establert a la Llei— poden ser sancionades per raó d'infracció en matèria de transparència, d'acord amb la tipificació dels articles 77.1.b, 78.1. i 79 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre. Les sancions estan previstes a l'article 84 i poden ser no únicament econòmiques, sinó que podrien comportar, també, la suspensió temporal per poder contractar amb l'Administració i la inhabilitació temporal per ésser beneficiaris d'ajuts públics.

En el cas que l'obligació legal de transparència hagi estat recollida en els plecs de condicions de la contractació o en el contracte, l'eventual incompliment del deure també pot donar lloc a la incoació, tramitació i resolució dels expedients que preveu la legislació de contractes del sector públic per als casos d'incompliment de les obligacions contractuals.

Si es tractés d'una subvenció per a la concessió de la qual l'obligació de transparència hagués estat indicada en les bases aprovades per a la seva concessió o en el conveni, l'eventual incompliment del deure legal de transparència podria donar lloc, també, a les conseqüències pròpies de l'incompliment de les condicions subvencionals.

Escau a l'AMB recordar a les entitats vinculades quins són els seus deures en matèria de publicitat activa i convidar-les a complir-los, no només per ajudar-les a evitar les conseqüències que patirien si els desatenguessin, sinó també —i sobretot— per assegurar a la ciutadania que podrà exercir, a través dels mecanismes de la transparència, un control àgil i efectiu de la gestió pública.

VIII. Particularitats de l'obligació de transparència de les diferents entitats i en relació amb les diferents matèries

Com que, en la seva condició de contractistes de l'Administració o de receptors de subvenció pública per a finalitats concretes, el camp d'actuació de les entitats privades de l'apartat 1.d excedirà, en molts casos, el camp de la concessió administrativa o de l'activitat subvencionada, cal estar-se al contingut literal de la norma, que és que les activitats empresarials que han de ser reportades a l'Administració vinculada són només aquelles que estiguin relacionades directament amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics.

Si acudim als principis que inspiren la legislació sobre transparència, arribarem a la mateixa conclusió, ja que la informació que es necessita perquè els ciutadans coneguin l'activitat pública i puguin exigir el retiment de comptes i la responsabilitat en la gestió pública no és altra que la que fa referència a l'activitat de servei que les empreses privades despleguen per compte de l'Administració o amb la seva subvenció.

Cal entendre, doncs, que les «activitats» generadores del deure de transparència només són aquelles que estiguin directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics.

Els articles 9, 10, 11 i 12 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, fan referència a les matèries concretes subjectes a transparència, i en alguns d'ells es concreta quins dels subjectes obligats hi estan compromesos.

1. Transparència en la matèria de l'organització institucional i l'estructura

L'article 9, que tracta de la transparència en l'organització institucional i l'estructura administrativa, es configura com un deure de l'Administració. Tot i que aquesta obligació no sembla que sigui directament exigible a les entitats privades de l'article 3.1.d, el cert és que les afecta indirectament, ja que, per confegir el document que serà objecte de la publicitat activa, l'Administració ha de proporcionar informació de les seves pròpies estructures i dels organismes i ens públics vinculats o dependents, societats, fundacions públiques i consorcis dels quals forma part.

Aquesta informació, que ha de comprendre la descripció de l'organització, la identificació dels responsables, les funcions atribuïdes, la relació de llocs de treball i la plantilla, les convocatòries i els resultats dels processos de selecció

de personal, la relació d'alts càrrecs i l'accés a processos de formació i promoció, els convenis laborals i funcionaris, el catàleg de serveis, la creació, la participació i el funcionament dels ens públics, les societats i fundacions públiques, els consorcis i altres entitats vinculades, canals de participació i els procediments participatius en tràmit, les resolucions en matèria d'incompatibilitats dels alts càrrecs i el nombre d'alliberats sindicals, s'ha de completar amb una informació directament relacionada amb les empreses contractistes de l'Administració i les persones receptores de subvencions.

Efectivament, l'apartat h de l'article 9 imposa a l'Administració l'obligació de donar transparència a:

h. La relació dels llocs ocupats per personal adscrit pels adjudicataris de contractes signats amb l'Administració que, en virtut del contracte, dugui a terme una activitat, un servei o una obra amb caràcter permanent en una dependència o un establiment públic, i també el règim de dedicació i el règim retributiu d'aquest personal i les tasques que duu a terme.

Aquesta és, doncs, una matèria en relació amb la qual els contractistes de l'AMB hauran de proporcionar informació suficient: el règim de dedicació i el règim retributiu i les tasques que duu a terme el personal que hagin adscrit a una activitat, un servei o una obra amb caràcter permanent en una dependència o un establiment públic.

2. Transparència en la matèria de les decisions i actuacions de rellevància jurídica

De les matèries objecte de transparència que detalla l'article 10, és segur que, entre les decisions i actuacions de rellevància jurídica, caldrà publicar activament —com a mínim— les dades relacionades amb les entitats de l'epígraf d del punt 1 de l'article 3 següents:

- La relació i valoració dels documents que les entitats de l'apartat d de l'article 3.1 de la Llei hagin aportat als procediments d'informació pública (article 10.d).
- Els actes administratius, les declaracions responsables i les comunicacions prèvies que puguin tenir incidència sobre el domini públic i en la gestió dels serveis públics, i aquells altres en què ho aconsellin raons d'interès públic especial (article 10.f), sense dades ni referències personals.
- Les resolucions judicials definitives que afectin les persones obligades al compliment de la llei, per raó de l'exercici de les funcions i responsabilitats que els atribueix, en el cas que hi estiguin implicades entitats de l'apartat d de l'article 3.1 (article 10.h), sense dades ni referències personals.
- Els dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora i dels altres òrgans consultius que afectin d'alguna manera les entitats de l'apartat d de l'article 3.1 o els serveis que presten (article 10.i), sense dades ni referències personals.
- Els documents relacionats amb les entitats de l'apartat d de l'article 3.1 que, d'acord amb la normativa aplicable, hagin d'ésser sotmesos a un període d'informació pública durant la tramitació.

3. Transparència en la matèria de gestió econòmica, comptable, pressupostària i patrimonial

L'aclariment de quines de les obligacions de transparència de l'article 11 són d'aplicació a les entitats dels epígrafs d i e del punt 1 de l'article 3 de la Llei requereix llegir de manera integrada el dit article 11 i el darrer incís de l'apartat 2 de l'article 3.

L'apartat 2 de l'article 3 fa una declaració general de les obligacions de transparència que incumbeixen als casos de l'apartat 1.d i e, seguida d'unes matisacions, que exposem tot seguit.

Les persones i entitats privades han d'informar l'Administració de les activitats següents:

- a.** Les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, així com de les activitats que restin dins la supervisió i el control de l'Administració en el cas de serveis d'interès general o universal.
- b.** Les retribucions percebudes pels càrrecs directius si el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques supera el vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa.

De fet, no es pot dir que les retribucions percebudes pels càrrecs directius de les empreses en els casos en què el volum de negoci vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques superi la proporció establerta siguin pròpiament «activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics, la percepció de fons públics i l'exercici de funcions públiques sotmeses a supervisió i control».

És per això que l'apartat 2 de l'article 3 s'ha referit a aquesta obligació d'una manera no només específica, sinó, fins i tot, prèvia a l'abordament de les obligacions en matèria de gestió econòmica, comptable, pressupostària i patrimonial.

Efectivament, al punt 1 de l'article 11 es relacionen les obligacions de transparència en la gestió econòmica i pressupostària —una de les quals, la b, es refereix a les retribucions, indemnitzacions i dietes, les activitats i els béns dels membres del Govern, dels alts càrrecs de l'Administració pública i del personal directiu dels ens públics, les societats, les fundacions i els consorcis, així com a les indemnitzacions que han de percebre en deixar d'exercir el càrrec—, i al punt 2 del mateix article 11 s'esmenten les dades relatives a la gestió patrimonial que s'han de fer públiques.

Essent que l'apartat 2 de l'article 3 s'ha mencionat de manera expressa i destacada l'obligació de transparència referida a les retribucions percebudes pels càrrecs directius si el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques supera el vint-i-cinc per

cent del volum general de l'empresa, i no s'ha fet cap esment del trasllat a les dites societats de les obligacions de transparència dels apartats 1.a, c, d, e i f i de l'apartat 2.a i 2.b de l'article 11 de la Llei, opino que aquestes darreres no els serien, en principi, exigibles.

En definitiva, l'obligació de comunicació del règim de retribucions, indemnitzacions i dietes equipara la condició dels càrrecs directius de les empreses concessionàries a la dels càrrecs públics quan l'Administració que els és clienta els proporciona més d'una quarta part dels rendiments.

Una altra implicació per a les empreses privades concessionàries de l'obligació de proporcionar informació perquè l'Administració pugui acomplir el deure de transparència en la gestió econòmica, comptable, pressupostària i patrimonial és la del cas en què entitats de l'apartat d de l'article 3.1 de la Llei siguin concessionàries de serveis que gestionin o intervinguin en el patrimoni de l'AMB; en aquest cas, les dites empreses han de proporcionar les dades econòmiques relatives a la seva gestió (article 11.2).

És molt probable que l'AMB necessiti informació de les seves concessionàries quan dugui a terme les tasques de planificació i programació. Els plans i els programes anuals i pluriennals, de caràcter general o sectorial, sobre directrius estratègiques de les polítiques públiques i les auditories internes i externes d'avaluació de la qualitat dels serveis públics inclouran, segurament, dades de les empreses concessionàries, que podran recaptar a aquest efecte (article 12).

4. Transparència en la gestió administrativa

Pel que fa a la transparència en la gestió administrativa, els articles 13 i 14 fan referència a la que genera la contractació pública i la que generen els convenis de col·laboració. Les obligacions mínimes que s'hi estableixen són imputables a l'Administració.

Per tant, tot i que moltes de les obligacions que se'n desprenen implicaran les empreses contractistes, el subjecte obligat a les actuacions de transparència és l'Administració responsable del servei i la informació que ha d'oferir amb caràcter mínim ja serà, ordinàriament, en el seu poder, en la seva condició d'Administració contractant.

5. Transparència en l'activitat subvencional

Una de les matèries sotmeses a l'obligació de transparència és la justificació o retiment de comptes per part dels beneficiaris de la subvenció o ajuts atorgats. Ho preveu l'apartat e del punt 1 de l'article 15.

Es podria donar el cas que l'Administració no disposés de totes les justificacions i rendicions de comptes que hagin satisfet els seus beneficiaris. Aquesta és, doncs, una informació que els perceptors de subvencions o ajuts han de proporcionar a l'Administració que els l'ha concedit.

Abans m'he referit a les previsions que l'article 15 fa al seu punt 2, en el sentit que les bases reguladores de la concessió de subvencions i ajuts públics que es puguin atorgar per un import superior a 10.000 euros han d'incloure l'obligació dels beneficiaris, si són persones jurídiques, de comunicar als subjectes obligats la informació relativa a les retribucions de llurs òrgans de direcció o administració, a l'efecte de fer-les públiques. En els supòsits legals en què no s'apliqui un procés de concurrència per atorgar les subvencions o els ajuts, ho ha d'indicar l'acte o el conveni corresponent. Aquesta obligació, imputada en principi a l'Administració concedent, conté implícita la imposició al beneficiari, quan sigui persona jurídica, d'informar quines són les retribucions dels seus òrgans de direcció o administració, a fi que l'Administració responsable les pugui publicar.

6. Concreció de l'obligació de transparència per a les persones prestadores de serveis d'interès general o universal

Segons l'apartat e del punt 1 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, els deures dels subjectes obligats són exigibles a les persones físiques o jurídiques que duen a terme activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal.

El tractament que l'apartat 2 del citat article 3 fa dels deures de transparència de les persones que presten serveis d'interès general no és el mateix que el que preveu per a les persones descrites a l'apartat d. Efectivament, les de l'apartat e estan obligades a la transparència en relació amb «les activitats que restin dins la supervisió i el control de l'Administració».

La supervisió i el control de l'Administració sobre activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal determinarà, doncs, quines entitats s'hi vinculen a l'efecte de transparència i en quin camp de la seva actuació han de complir les obligacions de publicitat activa.

En qualsevol cas, allò que disposa l'apartat 2 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, és d'aplicació a les persones i entitats privades prestadores de serveis d'interès general o universal que tinguin un volum de negoci vinculat a activitats que duguin a terme per compte de les administracions públiques que superi el vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa. Aquestes persones han d'informar l'Administració responsable —la que en tingui el control i la supervisió— de les retribucions percebudes pels càrrecs directius.

IX. Conclusions

La ciutadania és la destinatària de les eines de la transparència que ofereix la Llei 19/2014, del 29 de desembre. Es pretén que els ciutadans coneguin l'activitat pública i que hi participin, per a la preservació dels seus drets com a usuaris i perquè puguin controlar la gestió dels recursos públics. Es tracta d'aconseguir que la informació pública que arribi al ciutadà sigui de qualitat, i que el retiment de comptes i la responsabilitat en la gestió pública quedin garantits.

La Llei de Catalunya 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, qualifica legalment com a subjectes obligats les persones jurídiques privades que prestin serveis públics o exerceixin potestats administratives, per tal de proporcionar informació en determinades matèries que seran objecte de publicitat activa a través de l'Administració que en sigui responsable. Es tracta d'unes obligacions de transparència més intenses que les que preveu la Llei estatal 19/2013, del 9 de desembre.

L'Àrea Metropolitana de Barcelona té la condició d'administració responsable en matèria de transparència respecte de les entitats que presten serveis i desenvolupen funcions per a les quals té atribuïda la competència, i respecte de les que reben subvencions i ajuts de la mateixa AMB. També ho és respecte de les persones físiques o jurídiques que duen a terme activitats qualificades com a serveis d'interès general o universal que estiguin sota el seu control i supervisió.

Les persones físiques i jurídiques contractistes i subcontractistes de la gestió dels serveis metropolitans en matèria d'urbanisme, de transport urbà, d'aigües, de residus, de medi ambient, d'infraestructures d'interès metropolità, de desenvolupament econòmic i social i de cohesió social i territorial són subjectes obligats, a l'efecte de la Llei 19/2014, i han d'acomplir els seus deures de publicitat activa a través seu. L'obligació d'informació recau sobre les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, i sobre les retribucions percebudes pels càrrecs directius en els casos en què el volum de negoci de l'empresa vinculat a activitats dutes a terme per compte de les administracions públiques supera el vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa.

Els perceptors de subvencions i ajuts de l'AMB de quantia superior a 100.000 euros anuals i també els de quantia superior a 5.000 euros quan aquesta quantitat superi el quaranta per cent dels seus recursos han d'informar l'Administració concedent de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics. En qualsevol cas, quan els ajuts superin els 10.000 euros els beneficiaris que siguin persones jurídiques han de comunicar les retribucions de llurs òrgans de direcció o administració, a l'efecte de fer-les públiques.

Les persones físiques o jurídiques que duen a terme activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal que estiguin sota la supervisió i el control de l'AMB també han d'acomplir amb l'AMB els seus deures de transparència, que es concreten en allò que faci referència a la part de llur activitat que escaigui dins la supervisió i el control de l'Administració metropolitana. En qualsevol cas, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, les persones i entitats privades prestadores de serveis d'interès general o universal que tinguin un volum de negoci vinculat a activitats que duguin a terme per compte de les administracions públiques superior al vint-i-cinc per cent del volum general de l'empresa, han d'informar l'Administració responsable de les retribucions percebudes pels càrrecs directius.

En els casos estudiats, el deure de transparència no es satisfà de manera directa, sinó a través de l'Administració responsable. Els camps i aspectes de l'actuació privada que han de ser objecte de la informació són els que la Llei delimita en les seves disposicions, amb els límits que convenen a la protecció de la seguretat pública, la investigació de les infraccions, la confidencialitat de determinades matèries, la igualtat de les parts en els processos judicials, els drets dels menors d'edat, la intimitat i els altres drets privats legítims, el secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial. Cal tenir en compte que la relació de matèries objecte del deure de transparència no és tancada, sinó oberta, emmarcada sempre en l'interès públic i determinada en cada cas en funció de la informació que sigui adequada i congruent amb la finalitat de coneixement prevista.

En definitiva, la ciutadania com a referent i el principi democràtic com a inspirador han de servir per interpretar les disposicions de la legislació catalana reguladora del dret de transparència.

“Els paradisos fiscals són el cel. També preocupen a tots els qui volen un món més verd, més justícia social i un repartiment més equitatiu de la càrrega tributària.” Susan George

“El món, el món que coneixem, està en perill de mort. Pot morir per la injustícia social i econòmica, o per la injustícia ecològica. No ho podem permetre. Hem d'obrir un nou camí, necessitem una visió constructiva per a edificar un nou futur.” Stéphane Hessel

“La comunicació de les coses que han de ser comunicades no es pot evitar. No es tracta de trobar cap mitjà.” Nasrudin (mestre sufi)

“Per avançar cal conèixer els disfuncionaments dels funcionaments.” Simone Veil

“Si es vol el poder, cal acceptar la responsabilitat, i els actes tenen conseqüències.” Margaret Atwood

“No hi ha al món res més tou i més dèbil que l'aigua; tanmateix, no hi ha res com l'aigua per a erosionar el que és dur.” Lao Tse



Platja de Montgat
© KIM MANRESA

Anàlisi jurídica de les possibilitats de remunicipalització de serveis d'interès general, des d'una òptica de competència

Stefan Rating i Yolanda Martínez Mata

1. Introducció i contextualització

Aquest article té per objecte analitzar la compatibilitat de les decisions de remunicipalització de serveis públics locals amb la normativa de defensa de la competència, europea i nacional.

L'any 2014 el legislador català va adoptar la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (Llei de transparència). D'acord amb el seu article 3.1 i de manera rellevant a l'efecte d'aquest estudi, la Llei de transparència és d'aplicació a l'Administració local (apartat a); a les persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, que presten serveis públics o que perceben fons públics per funcionar o per dur a terme llurs activitats per qualsevol títol jurídic (apartat d), i a les persones físiques o jurídiques que realitzen activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal (apartat e).

En els dos darrers casos, el compliment de les obligacions derivades de la Llei de transparència ha de fer-lo efectiu l'Administració responsable. A aquest efecte, les persones i entitats privades han d'informar l'Administració de les activitats directament relacionades amb l'exercici de funcions públiques, la gestió de serveis públics i la percepció de fons públics, així com de les activitats que romanguin dins la supervisió i el control de l'Administració en el cas de serveis d'interès general o universal (article 3.2).

En altres paraules, la Llei de transparència va voler deixar clar que qualsevol entitat i/o societat que gestionés un servei d'interès general hi estava sotmesa, amb independència del seu pressupost i/o volum de facturació i amb independència de la seva configuració jurídica. El fet de fer servir una figura societària o organitzativa o una altra no implica pas la manca de subjecció a la Llei de transparència i és fonamental que, en tot cas, existeixi una separació comptable clara si conflueix la gestió de serveis d'interès general amb l'exercici d'altres activitats de naturalesa privada.

Dins d'aquest marc normatiu, hom va crear l'Agència de Transparència de l'AMB l'any 2015 com a servei potenciador de la transparència i el bon govern, amb la missió de ser un instrument al servei de l'AMB, entitats vinculades i prestadores de serveis que promogui la transparència i el bon govern com un procés integrat al llarg del cicle de gestió de l'activitat pública metropolitana.

Un decret de Presidència de l'AMB, de data 14 de desembre de 2015,¹ li va assignar les funcions següents:

1. Promoure el compliment de les normes sobre transparència, dret d'accés i bon govern i col·laborar-hi de manera especialitzada.
2. Coordinar totes les accions i iniciatives a la transparència, dret d'accés i bon govern, tant internament com externament.
3. Promoure la recerca i la formació permanent en transparència, dret d'accés i bon govern com a model metropolità de governança. Garantir l'especialització permanent en el tractament de la informació al Portal de Transparència i elaborar els materials amb criteris de llenguatge accessible, fàcil comprensió, màxima informació sota el principi de rendició de comptes.
4. Gestionar el Portal de Transparència en coordinació amb els serveis informàtics de la web corporativa.
5. Proposar l'elaboració de protocols i informes per al desenvolupament de la llei i especialment per garantir el dret d'accés a la informació, i col·laborar-hi.
6. Vetllar pel compliment de les obligacions establertes per la Llei de transparència pel que fa als grups d'interès.
7. Promoure la creació del Consell Assessor de Transparència Metropolitana.
8. Promoure l'aprovació del codi de conducta d'alts càrrecs de l'AMB.
9. Promoure l'establiment d'indicadors de transparència i bon govern en els processos d'avaluació.

Totes aquestes funcions es refereixen tant a l'AMB com a les seves entitats vinculades.

L'Agència de Transparència de l'AMB desenvolupa aquestes funcions essent conscient de la necessitat de construir una nova cultura de transparència conforme als reptes que planteja la legislació existent. És per això que l'Agència prioritza una metodologia transversal i participativa que permeti un apoderament col·lectiu i posar en valor la contribució de tots els treballadors públics en aquesta tasca.

Un dels instruments principals per a l'execució de les funcions de l'Agència és la formació continuada. És dins d'aquesta vessant formativa que l'Agència vol donar a conèixer l'estat de la qüestió de la compatibilitat de les decisions de remunicipalització de serveis públics locals amb la normativa de defensa de la competència, europea i nacional.

La finalitat és fer difusió d'aquestes conclusions perquè totes les entitats vinculades a l'AMB, a qui l'Agència presta els seus serveis, puguin valorar-les i prendre les decisions que pertocuin.

La remunicipalització dels serveis públics és una qüestió que actualment és objecte d'un intens debat.² D'una banda, cada cop es van aixecant més veus autoritzades que apunten a la recuperació de la gestió de serveis públics directament per part dels ens locals com una alternativa més eficient, més sostenible i més adequada als objectius d'interès públic que no pas llur gestió indirecta mitjançant operadors privats. D'altra banda, les darreres reformes operades a la normativa reguladora dels serveis públics locals s'han ocupat d'emfasitzar la importància de respectar criteris d'eficiència en l'activitat econòmica dels ens locals.

Dins d'aquest debat i amb l'evident intenció de valorar les diferents alternatives d'actuació dins del marc jurídic d'aplicació, l'AMB ens trasllada el seu interès a disposar d'una anàlisi jurídica en profunditat sobre la viabilitat d'aquestes alternatives de remunicipalització des de la perspectiva del dret de la competència. Amb aquesta finalitat, el present article es divideix fonamentalment en dues seccions: (I) la primera resumeix el marc normatiu d'aplicació, distingint entre la regulació comunitària dels serveis d'interès econòmic general (SIEG) i la regulació que internament s'ocupa de delimitar els requisits de prestació i gestió dels serveis públics locals; i (II) la segona es dedica a analitzar les qüestions de competència que una autoritat local ha de tenir en compte per remunicipalitzar un servei públic. Després d'aquesta anàlisi, aportem un resum de les nostres conclusions.

Cal deixar clar des del principi que l'anàlisi encomanada se centra en els aspectes del dret de la competència que susciten les decisions de remunicipalització de serveis públics locals. Per tant, com ja hem apuntat, aquesta anàlisi comportarà l'estudi de la normativa reguladora dels serveis públics locals, tant des de la perspectiva europea, com des de la perspectiva estatal, nacional i local. En canvi, altres aspectes que poden anar lligats a una decisió de remunicipalització però que no tinguin relació directa amb qüestions de competència i lliure mercat (p. ex., qüestions laborals, fiscals o indemnitzadores) queden fora de l'abast d'aquest estudi.

Aquesta anàlisi se'ns va encarregar en dues etapes: se'ns va demanar un primer esborrany executiu on havíem de resumir les principals conclusions del nostre estudi, per tal de lliurar posteriorment una versió més àmplia que pogués incloure (I) els detalls normatius i jurisprudencials que sustenten la nostra opinió, i (II) eventuals comentaris de l'AMB respecte a la necessitat d'un desenvolupament posterior d'aspectes concrets de l'anàlisi.

L'Agència de Transparència de l'AMB va rebre l'esborrany executiu el 20 de març de 2017. Arran d'aquest primer lliurament, es va celebrar una reunió

amb l'Agència el 7 d'abril de 2017, que va compartir les primeres reflexions sobre les conclusions i va posar de manifest els aspectes de l'estudi que haurien de ser objecte d'un ulterior desenvolupament.

El present article inclou aquelles reflexions i constitueix, doncs, la versió completa de l'encàrrec.

2. Règim jurídic aplicable a la gestió dels serveis públics locals: breu resum de les principals previsions normatives des de la perspectiva europea i des de la perspectiva interna

2.1. Perspectiva europea: els serveis d'interès econòmic d'acord amb la normativa de la Unió Europea

L'article 14 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE) col·loca els SIEG entre els valors comuns de la Unió i els atribueix un paper cabdal en la promoció de la cohesió social i territorial. Per la seva banda, l'article 36 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea estableix que:

La Unió reconeix i respecta l'accés als serveis d'interès econòmic general, tal com disposen les legislacions i pràctiques nacionals, de conformitat amb el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, per tal de promoure la cohesió social i territorial de la Unió.

Tanmateix, la definició dels SIEG³ i l'establiment dels límits del concepte no són pas exempts de controvèrsia i, de fet, han estat objecte d'una abundant jurisprudència comunitària. El motiu fonamental és que l'article 106.2 TFUE inclou els SIEG, en principi, en l'àmbit d'aplicació de la normativa de competència, llevat que fer-ho sigui incompatible amb la missió d'interès públic que es persegueixi.

Per tant, la definició dels límits del que és o no és un SIEG i de les missions d'interès públic que aconsegueix resulta cabdal per garantir que no hi ha un ampli marge de discreció per als estats membres per excloure certes activitats de naturalesa econòmica d'un àmbit essencial de la construcció comunitària: el dret de la competència.

Atesa la seva rellevància, vegem, concretament, els termes de l'article 106.2 TFUE:

2. Les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general o que tenen el caràcter de monopoli fiscal resten subjectes a les normes dels tractats, particularment a

les normes de competència, en la mesura que l'aplicació d'aquestes normes no impedeixi, de dret o de fet, el compliment de la missió específica que tenen assignada. El desenvolupament dels intercanvis no ha de quedar afectat en una mesura contrària als interessos de la Unió.

El precepte inclou una fórmula de compromís entre l'esperit liberalitzador dels tractats fundacionals de la construcció europea i la voluntat dels estats membres de mantenir un cert control sobre els seus serveis públics. El concepte de «serveis d'interès econòmic general» ha estat objecte d'un debat extens i se n'ha destacat la semblança —no pas identitat— amb el concepte de «servei públic» internament, tot acceptant que el precepte del TFUE inclou també activitats privades que són d'una importància essencial per a la comunitat.⁴

Sense ànim d'entrar en aquest article en una anàlisi detallada dels diversos conceptes inclosos al precepte, n'hi ha prou amb assenyalar els següents aspectes rellevants:

- L'article 106.2 TFUE es refereix a «serveis d'interès econòmic general» i, per tant, en queden excloses les activitats que pugui gestionar el sector públic —per si mateix o encomanant-les a un tercer— que no tinguin contingut econòmic (p. ex., justícia, policia, seguretat social, etc.) i/o que no responguin a un interès general (p. ex., tradicionalment, els monopolis sobre la comercialització del tabac o el joc).
- Més enllà dels límits anteriors, la determinació de les activitats que constitueixen serveis d'interès econòmic general correspon als diferents estats membres i la intervenció de les institucions comunitàries només es produeix en cas d'error manifest.⁵
- Per tant, no es tracta d'un concepte homogeni de dret de la Unió Europea, sinó que hi poden existir divergències en funció dels diversos interessos que les autoritats públiques d'un estat membre o d'un altre considerin dignes de protecció.⁶
- Correspon a la Comissió Europea, d'acord amb l'article 106.3 TFUE, comprovar si els estats membres respecten els límits de l'article 106.2 TFUE o n'abusen de manera incompatible amb altres disposicions dels tractats (particularment, les disposicions sobre ajuts públics).

La delimitació de les fronteres entre el que és un servei públic local exempt de la normativa de competència —inclosa la normativa d'ajuts públics— i el que no ho és va ser objecte d'un important desenvolupament jurisprudencial arran de la sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (actualment i en endavant, TJUE) en l'assumpte *Altmark*.⁷ Aquesta sentència va establir les pautes següents per garantir que l'empresa encarregada del servei no rebia una compensació excessiva que pogués constituir un ajut públic incompatible amb el TFUE (paràgrafs 89 a 93 de la sentència *Altmark*):

- 1) L'empresa que rep la compensació econòmica⁸ ha de ser efectivament l'encarregada d'executar obligacions de servei públic, i aquestes obligacions han d'haver estat definides clarament.

- 2) Els paràmetres per al càlcul de la compensació s'han d'haver establert prèviament de manera objectiva i transparent.
- 3) La compensació no ha de superar el nivell necessari per cobrir totalment o parcialment les despeses ocasionades per l'execució de les obligacions de servei públic, tenint en compte els ingressos corresponents i un benefici raonable per l'execució d'aquestes obligacions.
- 4) Quan l'empresa encarregada d'executar obligacions de servei públic no s'hagi elegit mitjançant un procediment de contractació pública, el nivell de la compensació necessària s'ha d'haver calculat sobre la base d'una anàlisi dels costos que una empresa mitjana, ben gestionada i adequadament equipada per satisfer les exigències de servei públic requerides hauria suportat per executar aquestes obligacions, tenint en compte els ingressos corresponents i un benefici raonable per l'execució de les dites obligacions.

Aquests quatre criteris continuen sent avui dia el paràmetre bàsic de referència per avaluar si l'activitat que gestiona —particularment pel que fa als recursos econòmics necessaris per dur-la a terme— l'ens local és efectivament un SIEG exclòs de la normativa de competència o si s'està utilitzant aquest concepte inadecuadament o excessiva segons les regles del TFUE.

Per a una visió més detallada de la normativa aplicable als SIEG, ens remetem al recull bibliogràfic que incorporem a aquest article com a **Annex**.

En tot cas, abans d'entrar a analitzar la normativa interna d'aplicació, cal fer esment d'un darrer aspecte de la regulació comunitària que pot tenir incidència en l'objecte d'aquest estudi, que són alguns dels acords de lliure comerç signats per la Unió Europea amb tercers estats. A tall d'exemple, l'acord de lliure comerç amb el Canadà (acord CETA),⁹ signat recentment, inclou algunes previsions sobre la protecció de les inversions dels nacionals de l'altra part (articles 8.10 i 8.12) i, de manera més rellevant, l'anomenada clàusula *ratchet* estableix que el nivell de liberalització assolit en un sector determinat no hauria mai de tornar enrere (article 8.15.3).¹⁰

L'abast de l'anomenada clàusula *ratchet* ha estat objecte de controvèrsia, atès que no està clar si inclouria o no els serveis d'interès general, encara que haguessin estat objecte de reserva expressa per part dels estats membres als annexos I i II de l'acord CETA.¹¹ Malgrat que encara està per veure si l'acord CETA arribarà a ratificar-se i entrar en vigor, val a dir que aquesta previsió normativa, si arribés a tenir efecte, podria incidir en l'eventual voluntat de remunicipalitzar un servei públic en l'àmbit local i caldria avaluar-ne la compatibilitat en el cas concret.

2.2. Perspectiva interna: els serveis públics locals d'acord amb la normativa espanyola d'aplicació

A l'efecte del present estudi, resulten particularment rellevants tres preceptes constitucionals: (I) l'article 31.2 CE, que indica que la despesa pública ha de respondre als criteris d'eficiència i economia; (II) l'article 103 CE, que indica que tota actuació de l'Administració pública ha de servir un interès general i adequar-se als principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb ple sotmetiment a la llei i el dret; i finalment (III), l'article 128.2 CE, que literalment preveu el següent:

2. Es reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica. Mitjançant la llei es pot reservar al sector públic recursos o serveis essencials, especialment en cas de monopoli, i també es pot acordar la intervenció d'empreses quan ho exigeixi l'interès general.

A partir d'aquestes previsions constitucionals i pel que fa a les administracions municipals, la normativa bàsica estatal reguladora d'aquestes entitats és la que dona les pautes per a la gestió dels serveis públics locals. En aquest sentit, cal destacar les següents normes d'àmbit estatal:¹²

- Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL). Els articles 25 i 26 de la LBRL enumeren els serveis que han de prestar¹³ i/o les activitats econòmiques que poden exercir les administracions municipals. Al seu torn, els articles 85 i 86 de la mateixa norma s'ocupen de determinar els requisits i modalitats de gestió dels dits serveis i/o activitats econòmiques. És important fer ressaltar que, després de les darreres reformes d'aquesta normativa, la reserva de llei de determinades activitats en favor dels ens locals —i, consegüentment, la possibilitat (no obligació) de prestar aquestes activitats en règim de monopoli, tot exclouent-ne la iniciativa privada— inclou els serveis següents: abastament domiciliari i depuració d'aigües; recollida, tractament i aprofitament de residus; transport públic de viatgers; i els altres serveis que puguin determinar-se mitjançant la normativa estatal o autonòmica amb rang de llei (article 86.2 de la LBRL).¹⁴
- Reial decret legislatiu 781/1986, del 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (TRRL). Els articles 88 i següents del TRRL es refereixen al règim aplicable a les activitats i serveis dels ens locals. És particularment rellevant l'article 97 del TRRL, atès que estableix els requisits procedimentals per a l'exercici d'activitats econòmiques per part dels ens locals. L'apartat 2 d'aquest precepte indica que, per a l'exercici d'activitats reservades als ens locals en règim de monopoli, cal, entre d'altres, sol·licitar un informe preceptiu a l'autoritat de competència corresponent.¹⁵
- Decret del 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals (RSCL).

Per bé que es tracta d'una norma preconstitucional, el cert és que mai no ha estat derogada de manera expressa, i els seus articles 49 i següents s'ocupen, precisament, dels expedients de municipalització de serveis, fins i tot en ca-

sos en què hi hagués prèviament un règim de gestió indirecta —parlaríem, doncs, a l'efecte d'aquest estudi, de remunicipalització. En concret, l'article 52 del RSCL preveu el règim aplicable al rescat d'una concessió de servei públic quan aquest servei hagi estat objecte de municipalització.

És evident, en qualsevol cas, que aquests articles s'han d'analitzar amb cautela i que cal interpretar-los en consonància amb la resta de normes del nostre ordenament jurídic. Si aquesta consonància resultés impossible, caldria entendre, en aplicació dels principis de jerarquia normativa i posterioritat, que la norma concreta del RSCL ha estat objecte de derogació tàcita.

Finalment, en l'àmbit català cal destacar les normes següents també aplicables a la gestió de serveis públics municipals:

- Decret legislatiu 2/2003, del 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (DL 2/2003). L'article 245 indica:

245.1 Els serveis essencials que han estat reservats per llei als ens locals es poden prestar en règim de lliure concurrència o en règim de monopoli.

245.2 Si la prestació del servei ha d'ésser en règim de lliure concurrència, l'aprovació definitiva correspon al ple. La prestació en règim de monopoli requereix, a més, l'aprovació del Govern de la Generalitat.

245.3 Per a l'exercici dels serveis essencials reservats, es pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió establertes per la llei.

245.4 L'exercici en règim de monopoli comporta, si és necessària l'expropiació, la declaració d'utilitat pública i la necessitat d'ocupació dels béns afectes al servei.

Tanmateix, cap altre precepte del DL 2/2003 no precisa quins són aquests serveis essencials. Aquesta relació al seu dia va ser objecte de concreció reglamentària —tot reproduint les previsions anteriors de la normativa bàsica estatal—, però, com es veurà tot seguit, en la mesura en què cal reserva de llei —és a dir, es requereix una norma amb rang de llei—, s'ha d'entendre que les previsions reglamentàries esmentades han quedat superades per l'actual legislació estatal del règim local, de caràcter bàsic.

- Decret 179/1995, del 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS).

Els articles 181 a 187 del ROAS s'ocupen de la regulació aplicable als anomenats «serveis públics essencials reservats». Com s'acaba d'apuntar, l'article 181.2 del ROAS continua identificant aquests serveis amb els que es preveien a l'anterior legislació bàsica estatal (p. ex., abastament i depuració d'aigües, recollida, tractament i aprofitament de residus, subministrament de gas i calefacció, escorxadors, mercats i llotges centrals, transport públic de viatgers i serveis mortuoris), però avui dia cal entendre que estan limitats als previstos a l'article 86.2 de la LBRL en la versió actualment vigent, després de les modificacions de la Llei 27/2013.

Pel que fa al règim jurídic d'aquests serveis essencials, el ROAS regula, d'una banda, els requisits procedimentals per a llur prestació en règim de monopoli: memòria que en justifiqui la conveniència i l'oportunitat, aprovació pel Ple de la Corporació per majoria absoluta i aprovació pel Govern de la Generalitat (articles 183 i 184); i de l'altra, els efectes d'aquesta decisió pel que fa als béns afectes al servei i les eventuais necessitats d'expropiació (articles 185 i 186). És important destacar que l'article 187 del ROAS indica expressament que els requisits procedimentals resulten aplicables també a les decisions de remunicipalització; p. ex., quan el servei es prestava en règim de lliure concurrència.

3. Anàlisi jurídica de les possibilitats de remunicipalització d'un servei públic local de conformitat amb la normativa vigent i des d'una òptica de competència

Com hem vist a la secció anterior, la regulació actual que, més o menys directament, incideix en les possibilitats de remunicipalització dels serveis públics locals és fragmentària i dispersa, i no sempre ha estat degudament actualitzada als darrers canvis legislatius. L'objectiu d'aquesta secció és, doncs, analitzar la referida normativa, provant de sistematitzar-la d'acord amb els objectius d'anàlisi jurídica que ens han estat encomanats: la viabilitat de la remunicipalització de serveis locals des d'una òptica de competència.

A aquests efectes, considerem adient distingir tres situacions diferents en què pot trobar-se un ens local a l'hora de prendre una decisió que incideixi en la gestió d'un servei públic i que tenen rellevància des de la perspectiva del dret de la competència. Es tracta, d'una banda, de dues decisions que tenen una vinculació directa amb les raons d'interès públic, eficiència i sostenibilitat pressupostària que han de sustentar l'actuació de l'ens local: (I) la decisió sobre el règim de prestació del servei i (II) la decisió sobre com es gestiona el servei. D'altra banda, l'anàlisi no resultaria completa si no fèssim referència també a (III) factors exògens a les decisions sobre el mode de prestació i gestió del servei i que tenen una vinculació directa amb l'existència prèvia d'un operador privat que prestés el servei i a les possibilitats de rescindir anticipadament el contracte corresponent.

3.1. La decisió municipal sobre el règim de prestació del servei: monopoli o lliure competència

Després de les darreres modificacions legislatives, els ens locals únicament gaudeixen de certa llibertat per decidir si un determinat servei públic es presta

en règim de monopoli o de lliure competència en relació amb les activitats següents: abastament domiciliari i depuració d'aigües; recollida, tractament i aprofitament de residus; i transport públic de viatgers. Podria ser que aquest llistat s'ampliés en el futur mitjançant normes amb rang de llei, però ara per ara són aquestes les úniques activitats que queden cobertes pel requisit de reserva de llei que deriva de l'article 128.2 CE.

En qualsevol cas, la discrecionalitat dels ens locals respecte a la decisió de prestació d'aquests serveis en règim de monopoli o de lliure concurrència no és pas absoluta, atès que la normativa d'aplicació els imposa diversos requisits de caire procedimental i substancial. Vegem-ne uns i altres a continuació.

3.1.1. Requisits procedimentals per prestar un servei públic local en règim de monopoli

Una sistematització dels requisits procedimentals previstos a la normativa estatal i catalana d'aplicació permet concloure que la decisió de l'ens local sobre la prestació d'un dels serveis públics llistats a l'article 86.2 LBRL en règim de monopoli requereix l'observança dels següents tràmits procedimentals:¹⁶

- Acord inicial de la Corporació per tramitar l'expedient.¹⁷
- Memòria justificativa de l'oportunitat i la conveniència de la prestació del servei en règim de monopoli, per exigència de l'interès general.¹⁸ L'anàlisi ha d'incloure una valoració de la sostenibilitat financera i la rendibilitat del servei, i dels efectes sobre la competència de la decisió municipal, així com el corresponent estudi de l'oferta i la demanda existents al mercat.
- Presa en consideració de la memòria pel ple i l'exposició al públic per un període de trenta dies com a mínim, durant el qual es poden presentar reclamacions i al·legacions.¹⁹
- Sol·licitud de dictamen preceptiu però no vinculant a l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO).²⁰
- Aprovació de l'expedient per part del Ple de la Corporació per majoria absoluta del nombre legal dels membres.²¹ La decisió pot apartar-se de les recomanacions efectuades per l'autoritat de competència, però caldrà motivar les causes de la seva desviació.²²
- Emissió de dictamen preceptiu, però no vinculant, per part de la Comissió Jurídica Assessora.²³
- Aprovació del Govern de la Generalitat en el termini de tres mesos.²⁴ Transcorregut aquest termini sense que s'hagi pres cap decisió, s'entén desestimada la petició. La decisió del Govern ha de versar sobre la conveniència i l'oportunitat del monopoli de la prestació del servei, en relació amb els interessos de la Generalitat.²⁵

3.1.2. Requisits substantius per prestar un servei públic local en règim de monopoli

Tal com es desprèn de l'apartat immediatament precedent, la decisió de prestar el servei en règim de monopoli requereix una anàlisi prèvia de convenièn-

cia i oportunitat, on es valorin tant els efectes de la decisió en el mercat com la rellevància de l'interès públic perseguit i les possibilitats d'assolir-lo mantenint un règim de competència. Aquesta anàlisi l'efectua en primer terme el mateix ens local, el qual posteriorment en demana l'opinió a l'ACCO, i finalment ha de ser objecte també de valoració per part del Govern de la Generalitat. Són, doncs, totes tres instàncies les que han de valorar curosament si el monopoli és realment la millor manera i la més eficient de prestar el servei.

La normativa no dona pautes per a l'anàlisi, més enllà de la mateixa exigència de fer-la i tenir-hi en compte els criteris de sostenibilitat financera, eficiència, oportunitat i conveniència.

Per la seva banda, les autoritats de competència recomanen que sempre que es pugui prestar el servei en règim de lliure competència s'eviti la prestació en règim de monopoli. Reconeixen, no obstant això, que no sempre la millor opció és el lliure mercat, atès que existeixen situacions on aquest falla, perquè és incapaç d'oferir per si mateix adequadament béns i serveis que són necessaris per a la satisfacció d'interessos públics. L'avaluació, per tant, cal fer-la cas per cas.²⁶

Un exemple del tipus d'avaluació que requereix l'autoritat de competència el trobem en l'informe de l'ACCO sobre el servei d'abastament d'aigua potable del municipi de Santa Maria d'Oló.²⁷ En aquest informe, l'ACCO va indicar que en la mesura en què una reserva monopolística implica una important restricció a la competència, és important que l'autoritat municipal justifiqui adequadament la necessitat i la proporcionalitat d'aquesta configuració del servei, tot tenint presents els criteris de sostenibilitat i eficiència que es van repetint.

En el cas concret, l'ACCO va considerar que l'Ajuntament de Santa Maria d'Oló no havia justificat prou la seva decisió. La mateixa autoritat de competència, però, esmenta alguns dels criteris que s'haurien pogut tenir en compte per valorar l'oportunitat de la decisió municipal, com és ara el caràcter demanial dels recursos hídrics i dels espais per a llur prestació o la consideració de monopoli natural de l'activitat d'abastament domiciliari d'aigua potable.²⁸ Altrament dit, l'ACCO no va negar la possibilitat que en certes ocasions pugui ésser escaient —i fins i tot justificada i desitjable— la prestació del servei públic en règim de monopoli, sinó que només va indicar que en el cas concret no s'havia justificat adequadament la decisió.

En sentit similar, tot i que amb una conclusió diferent atesa la millor justificació de la decisió municipal, pot citar-se també l'informe recent de l'ACCO sobre el servei d'abastament d'aigua potable en règim de monopoli en el terme de Vidreres.²⁹ En aquest cas, l'ACCO tingué en compte un per un els arguments esgrimits per l'Ajuntament en la memòria d'establiment del servei municipal en règim de monopoli, que, resumidament, es concretaven en els punts se-

güents: (I) les infraestructures necessàries per a la prestació del servei serien en la seva totalitat de titularitat municipal; (II) prestar el servei en règim de monopoli seria l'única manera de fer-ho de manera econòmicament sostenible i eficient; i (III) el servei d'abastament d'aigua potable tenia el caràcter de monopoli natural en el municipi de Vidreres.

En opinió de l'ACCO, el motiu (I) no justifica per si mateix l'establiment d'un monopoli i el motiu (II) no es refereix al règim de prestació (monopoli *versus* lliure concurrència), sinó a la manera de gestionar el servei (gestió directa *versus* gestió indirecta). En canvi, el motiu (III) porta l'ACCO a la reflexió següent:

Tradicionalment s'han considerat, des d'una òptica de competència, diverses situacions en què estaria justificat l'establiment d'un determinat servei en règim de monopoli (i, per tant, en què queda vetada l'entrada d'operadors diversos a l'establert). Això succeeix, entre altres supòsits, en aquells sectors en què l'estructura de mercat respon a un monopoli natural, com és el cas, precisament, de la gestió del cicle de l'aigua. Es tracta de casos caracteritzats per l'existència d'uns costos fixos elevats i en els quals la prestació per un únic operador (o pocs operadors) es considera més eficient. Les infraestructures i les xarxes (com és el cas de l'aigua) són supòsits clàssics de monopolis naturals. [Nota al peu 8: «A banda dels supòsits de monopolis naturals, existeixen altres casos en què s'ha considerat que no sempre la millor opció és el lliure mercat; és el cas, per exemple, de les situacions en què existeixen fallades de mercat derivades, bàsicament, de l'existència de determinades externalitats o asimetries informatives. Així mateix, pot succeir que sigui imprescindible la presa en consideració de determinats criteris d'eficiència a l'hora de proveir de determinats serveis»].

Juntament amb el caràcter de monopoli natural del servei d'abastament d'aigua potable, existeixen altres motius que també poden ser tinguts en compte a l'hora de considerar la conveniència i oportunitat de l'establiment del servei en règim de monopoli, com és el cas del caràcter demanial dels recursos hídrics i dels espais per a la seva prestació o la irremediabilitat de la xarxa d'abastament d'aigua potable per part d'altres operadors.

Aquestes reflexions de l'ACCO, que en el cas concret la van portar a concloure que efectivament estava justificada la selecció del règim de monopoli, ens permeten extraure algunes conclusions respecte del tipus d'anàlisi que fa l'autoritat de competència en aquests casos. No obstant això, cal prendre amb cautela aquestes conclusions, perquè encara són escassos els supòsits que s'han plantejat a l'autoritat i, per tant, caldrà valorar cada cas concret amb deteniment i estar alerta respecte de possibles nous informes de l'autoritat de competència. Així doncs, amb aquesta cautela, les conclusions que, al nostre parer, es deriven de les reflexions de l'ACCO es concreten en:

- La càrrega de provar el caràcter justificat de la prestació del servei en règim de monopoli recau en l'Ajuntament, i aquesta tasca no es considera satisfeta amb una mera referència genèrica a principis generals d'eficiència i sostenibilitat que no es demostrin en el cas concret.

D'acord amb els pocs precedents existents, l'ACCO requereix una justifi-

cació adaptada al cas concret, degudament explicada en la memòria justificativa de l'oportunitat i la conveniència de la prestació del servei en règim de monopoli, per exigència de l'interès general (*vid. supra* apartat 3.1.1).

- Això no obstant, l'ACCO ha anat donant pautes orientadores als municipis que tinguin interès a prestar un servei determinat en règim de monopoli. Així doncs, en supòsits referits a l'abastament d'aigua potable, l'ACCO ha fet referència reiterada al caràcter de monopoli natural d'aquest servei, però també, recentment, al caràcter demanial dels recursos hídrics i dels espais per a la prestació del servei o a la irreplicabilitat de la xarxa d'abastament d'aigua potable per part d'altres operadors.
- És possible que algun dels arguments referits al servei d'abastament d'aigua potable siguin traslladables a uns altres serveis públics locals que la normativa permeti prestar en règim de monopoli. Tanmateix, vist el detall amb què l'ACCO analitza les justificacions municipals, convé defugir automatismes i considerar cas per cas si els arguments s'ajusten al servei que es vol remunicipalitzar. Sigui com vulgui, l'ACCO ha apuntat alguns altres arguments que també es podran tenir en compte en les anàlisis, com és ara una eventual fallada de mercat derivada, bàsicament, de l'existència de determinades externalitats o asimetries informatives, o el fet que sigui imprescindible prendre en consideració determinats criteris d'eficiència a l'hora de proveir de determinats serveis.

Finalment, val a dir que ni la normativa d'aplicació ni les autoritats de competència realitzen cap distinció procedimental o substantiva pel fet que la decisió de prestar el servei en règim de monopoli sigui originària (des de la creació o establiment del servei) o derivada (després d'haver prestat el servei inicialment en règim de lliure concurrència).³⁰ Altrament dit, no hi ha cap distinció entre la municipalització o la remunicipalització del servei pel que fa a l'avaluació substantiva que ha de fer l'autoritat local a l'hora de decidir prestar el servei en règim de monopoli.

3.2. La decisió municipal sobre la gestió del servei: prestació directa o indirecta

Un cop s'ha decidit si els serveis públics llistats a l'article 86.2 LBRL es presten en règim de monopoli o de lliure concurrència, l'ens local ha de decidir també quina mena de gestió, directa o indirecta, prefereix. Aquesta decisió és independent de l'anterior i no està predeterminada per aquesta.³¹ Per tant, ni el monopoli exclou la participació dels operadors privats mitjançant mecanismes de gestió indirecta, ni la lliure competència exclou la gestió directa del servei que presta el municipi en concurrència amb d'altres operadors.

Les formes de gestió directa inclouen la gestió per part del mateix ens local o la gestió a través d'un organisme autònom local, una entitat pública empresa-

rial local o una societat mercantil local amb capital social íntegrament públic. Les dues darreres alternatives han de ser subsidiàries de les primeres, llevat que aquelles siguin més sostenibles i eficients, tenint en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió.³²

Per la seva banda, la gestió indirecta dels serveis públics es pot dur a terme mitjançant qualsevol de les formes establertes per la normativa de contractes del sector públic per al contracte de gestió de serveis públics (és a dir, concessió, gestió interessada, concert o societat d'economia mixta).³³

La normativa tampoc estableix aquí una preferència per un mecanisme de gestió del servei públic o altre, més enllà d'establir-hi la necessitat de gestionar el servei de la manera més sostenible i eficient possible. La decisió correspon, doncs, a l'ens local, dins del seu marge de discrecionalitat —no pas arbitrariedad— per optar pel mode de gestió que satisfaci millor els interessos generals que persegueix, tot respectant els principis de sostenibilitat, eficiència i mínima distorsió del mercat.

Sens perjudici d'aquesta discrecionalitat, doctrinalment s'han apuntat els següents criteris que cal tenir en compte a l'hora d'optar per un tipus de gestió del servei o un altre des d'una perspectiva respectuosa amb la normativa de competència:³⁴

- Nombre suficient d'ofers en el mercat interessats en la prestació del servei.
- Possibilitats de mesurar la qualitat del servei i viabilitat que el servei es financi majoritàriament per part dels usuaris.
- Possibilitat d'assignar el risc a l'operador privat i controlar-lo, en cas d'optar per una gestió indirecta.
- Existència de costos elevats d'entrada o costos enfonsats, que puguin afavorir la perpetuació de l'operador privat preexistent.
- Possibilitat de concedir autonomia a un operador privat sobre els costos de l'operació del servei.
- Limitació de la possibilitat de realitzar modificacions contractuals.

L'anàlisi d'aquestes variables podria permetre una millor aproximació a la decisió sobre l'externalització o, al contrari, la remunicipalització del servei públic. Com més ofers hi hagi al mercat, més fàcil serà configurar un servei en què el cost estigui cobert per l'usuari, i com menys costos enfonsats existeixin, més recomanable serà acudir a un mecanisme de gestió indirecta que permeti la participació d'un operador privat en la prestació del servei.

En canvi, si la participació privada ha de comportar un risc elevat d'ineficiències per la dificultat de control de les variables econòmiques de la prestació o pel risc d'afavorir la perpetuació d'un mateix operador amb escassos incentius per a la millora del servei, la millor opció serà acudir a una de les formes de gestió directa.

En tot cas, al nostre parer, és clar que la decisió correspon a l'ens local, a qui la normativa concedeix un ampli marge de discrecionalitat, dins del respecte als principis d'eficiència, sostenibilitat pressupostària i mínima distorsió. Tampoc en aquest punt es poden establir apriorismes que serveixin per a tots els ens locals, perquè la decisió dependrà dels recursos del municipi, de l'oferta i demanda existents en aquell territori en particular i, en certa mesura també, de raons d'ideologia i oportunitat política —dins del respecte als principis esmentats. Caldrà, en definitiva, una anàlisi cas per cas.³⁵

3.3. La decisió municipal sobre el moment adient per a la remunicipalització: circumstàncies exògenes a les raons d'eficiència o sostenibilitat pressupostària de la decisió de remunicipalització

L'article 246 DL 2/2003 estableix que «[e]ls ens locals tenen plena potestat per constituir, organitzar, modificar i suprimir els serveis de llur competència, d'acord amb el que estableixen la legislació de règim local i altres disposicions aplicables». La disposició està en sintonia amb l'ampli marge de discrecionalitat que, segons hem anat dient, correspon als ens locals per a les decisions referides als règims de prestació i formes de gestió dels serveis públics locals inclosos en la reserva de llei de l'article 86.2 LBRL. La previsió sembla també conforme a la normativa europea aplicable als SIEG, que, com hem vist a l'apartat 2.1 anterior, preveu un ampli marge de discreció per a llur definició a mans de les autoritats nacionals regionals i locals.

Tanmateix, sorgeix un legítim dubte conceptual respecte als límits d'aquesta discrecionalitat quan es constata que un servei que es vol remunicipalitzar el prestava en règim de gestió indirecta un operador privat, amb qui el contracte és vigent.

La possibilitat de rescatar una concessió de servei públic està expressament prevista per la normativa interna vigent.³⁶ No obstant això, alguns autors³⁷ consideren que aquest rescat podria resultar contrari a l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE,³⁸ en la mesura en què aquest precepte no preveu el rescat com a mecanisme de resolució de la concessió i consegüent reversió del servei públic a l'ens local. Per tant, segons argumenten, el precepte podria vedar la possibilitat efectiva de remunicipalitzar un servei públic local dels inclosos a l'article 86.2 LBRL quan una concessió preexistent segueix vigent sense que existeixi cap altre motiu de resolució.

L'esmentat article 44 de la Directiva 2014/23/UE, relatiu a la resolució dels contractes de concessió, indica literalment el següent:

Els estats membres s'han d'assegurar que els poders i entitats adjudicadors tenen la possibilitat, d'acord amb condicions determinades per la legislació nacional aplicable, de

posar fi a una concessió durant el seu període de vigència, sempre que es compleixi alguna de les condicions següents:

- a) que una modificació de la concessió suposi una nova adjudicació, de conformitat amb l'article 43;*
- b) que el contractant es trobi, en el moment de l'adjudicació del contracte, en una de les situacions que preveu l'article 38, apartat 4 i, per tant, hagi hagut de ser exclòs del procediment d'adjudicació de la concessió;*
- c) que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea dictamini, en un procediment d'acord amb l'article 258 del TFUE, que un estat membre ha incomplert les seves obligacions d'acord amb els tractats pel fet que un poder adjudicador o entitat adjudicadora de l'estat membre ha adjudicat una concessió sense ajustar-se a les obligacions que li imposen els tractats o la present Directiva.³⁹*

Certament, el precepte no inclou expressament la possibilitat de rescatar la concessió, abans de l'expiració del termini concessional, per motius d'interès públic que puguin justificar una decisió de remunicipalització del servei.

Tanmateix, al nostre parer, el fet que el precepte no faci referència expressa a aquesta possibilitat no hauria d'implicar que una normativa nacional que sí que la prevegi expressament sigui contrària a la directiva i incompatible, en definitiva, amb el dret de la Unió Europea. Els principals arguments jurídics que donen suport a aquest posicionament són els següents:

- 1) L'article 44 de la Directiva 2014/23/UE no enumera totes les causes possibles de resolució d'un contracte de concessió. No inclou, per exemple, els supòsits d'incompliment del concessionari de les condicions contractuals pactades o l'extinció de la concessió per finalització de la durada contractualment fixada. Mentre que al segon exemple podria oposar-se que es tracta d'un supòsit d'extinció i no de resolució, no succeeix el mateix amb el primer, i és ben evident que l'ens contractant ha de tenir la possibilitat de resoldre anticipadament el contracte en cas d'incompliment.
- 2) És perfectament possible interpretar que l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE no enumera un llistat taxat de supòsits de resolució dels contractes de concessió, sinó que té únicament l'objectiu d'assegurar que els estats membres garanteixen legalment que els tres supòsits previstos a l'article permeten als ens contractants la resolució de la concessió.
- 3) Com s'ha vist a l'apartat 2.1 d'aquest informe, el mateix TFUE (articles 14 i 106) i la CDFUE (article 36) atribueixen als SIEG un paper cabdal en la promoció de la cohesió social i territorial de la Unió i, de fet, el protocol núm. 26, annex al TFUE, reconeix expressament «el paper essencial i l'àmplia capacitat de discreció de les autoritats nacionals, regionals i locals per prestar, encarregar i organitzar els serveis d'interès econòmic general tan propers com sigui possible a les necessitats dels usuaris».

Tenint en compte que (I) totes aquestes normes tenen rang de dret originari i, per tant, són jeràrquicament superiors a qualsevol directiva, i (II) que les normes de dret derivat s'han d'interpretar tant com sigui possible de con-

formitat amb les previsions del dret originari —de fet, si no fos possible, el TJUE les acabaria declarant invàlides—, entenem que abans de concloure que l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE invalida tota possibilitat de remunicipalització en cas de concessió vigent, caldria provar d'interpretar el precepte en consonància amb les referides normes de dret originari.

- 4) En relació amb el punt anterior, és perfectament plausible imaginar un escenari en què es decideix el rescat del servei públic i es respecten al mateix temps els drets del concessionari sortint, tot atorgant-li la indemnització que legalment correspongui pel temps de rescissió anticipada del contracte de concessió.

No ens sembla que els drets del concessionari respecte dels termes concessionals inicialment pactats, amb fonament en el principi *pacta sunt servanda*, hagin de prevaldre sobre el dret de l'ens municipal a organitzar els seus serveis públics de la manera que millor respongui a l'interès general del municipi i els reiterats criteris de sostenibilitat i eficiència. Altrament, s'estaria condemnant l'Administració municipal —i els seus ciutadans— a perpetuar fins a la finalització del termini concessional una decisió inicial de gestió indirecta que amb posterioritat hagi resultat o esdevingut errònia, ineficient, insostenible o inadequada per a la satisfacció dels referits interessos generals.

En resum, entenem que l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE no s'oposa a una normativa nacional que preveu la possibilitat de rescatar una concessió de servei públic per raons d'interès públic i amb l'objectiu de passar a gestionar directament el servei. Les autoritats nacionals, incloses les locals, tenen un ampli marge de discrecionalitat a l'hora de configurar i prestar els seus serveis públics (SIEG, en la terminologia europea) i, per tant, el dit precepte s'ha d'interpretar en consonància amb aquesta discrecionalitat.

Sens perjudici de la indemnització que legalment pertoqui al concessionari de la gestió indirecta, entenem, doncs, que la decisió de remunicipalitzar un servei públic local per passar a prestar-lo directament quan encara és vigent una concessió prèvia no és contrària a l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE, amb el benentès que la decisió municipal respongui efectivament a una valoració acurada de l'interès general i els criteris de sostenibilitat i eficiència a què obliga la normativa d'aplicació.

4. Conclusions

Primera

L'article 106.2 TFUE recull una fórmula de compromís entre l'esperit liberalitzador dels tractats fundacionals de la construcció europea i la voluntat dels estats membres de mantenir un cert control sobre els seus serveis públics.

El concepte de «serveis d'interès econòmic general» ha estat objecte d'un debat extens i se n'ha destacat la semblança —no pas identitat— amb el concepte de «servei públic» internament, tot acceptant que el precepte del TFUE inclou també activitats privades que són d'una importància essencial per a la comunitat. Queden excloses del precepte, en canvi, les activitats que pugui gestionar el sector públic —per si mateix o encomanant-les a un tercer— que no tinguin contingut econòmic (p. ex., justícia, policia, seguretat social, etc.) i/o que no responguin a un interès general (p. ex., tradicionalment, els monopolis sobre la comercialització del tabac o el joc).

La determinació de les activitats que constitueixen serveis d'interès econòmic general correspon als diferents estats membres i la intervenció de les institucions comunitàries només es produeix en cas d'error manifest i/o en cas d'abús del concepte de manera incompatible amb altres disposicions dels tractats (particularment, les disposicions sobre ajuts públics). Aquesta llibertat dels estats membres respecte a la determinació del que és o no és un servei d'interès econòmic general consta expressament reconeguda, entre d'altres, a la Directiva de serveis, que exclou aplicar el règim jurídic relatiu a la lliure prestació de serveis en el mercat interior a determinades activitats expressament referides al seu article 17.

Segona

Internament, els ens locals únicament gaudeixen de certa llibertat per decidir si un determinat servei públic es presta en règim de monopoli o de lliure competència en relació amb les activitats següents: abastament domiciliari i depuració d'aigües; recollida, tractament i aprofitament de residus, i transport públic de viatgers. És possible ampliar aquesta llista mitjançant normes amb rang de llei, però ara per ara són aquestes les úniques activitats que queden cobertes pel requisit de reserva de llei que deriva de l'article 128.2 CE.

En qualsevol cas, la discrecionalitat dels ens locals respecte a la decisió de prestació d'aquests serveis en règim de monopoli o de lliure concurrència no és pas absoluta, atès que la normativa d'aplicació els imposa diversos requisits de caire procedimental i substancial.

Ni la normativa d'aplicació ni les autoritats de competència realitzen cap distinció procedimental o substantiva pel fet que la decisió de prestar el servei en règim de monopoli sigui originària (des de la creació o establiment del servei) o derivada (després d'haver prestat el servei inicialment en règim de lliure concurrència).

Altrament dit, no hi ha cap distinció entre la municipalització o la remunicipalització del servei pel que fa al tipus d'avaluació substantiva que ha de fer-ne l'autoritat local a l'hora de decidir prestar el servei en règim de monopoli.

Tercera

La càrrega de provar el caràcter justificat de la prestació del servei en règim de monopoli recau en l'Ajuntament, i aquesta tasca no es considera satisfeta amb una mera referència genèrica a principis generals d'eficiència i sostenibilitat que no es demostrin en el cas concret.

D'acord amb els pocs precedents existents, l'ACCO requereix una justificació adaptada al cas concret, degudament explicada en la memòria justificativa de l'oportunitat i la conveniència de la prestació del servei en règim de monopoli, per exigència de l'interès general.

Això no obstant, l'ACCO ha anat donant pautes orientadores als municipis que tinguin interès a prestar un servei determinat en règim de monopoli. Així doncs, en supòsits referits a l'abastament d'aigua potable, l'ACCO ha fet referència reiterada al caràcter de monopoli natural d'aquest servei, però també, recentment, al caràcter demanial dels recursos hídrics i dels espais per a la prestació del servei o a la irreplicabilitat de la xarxa d'abastament d'aigua potable per part d'altres operadors.

És possible que alguns dels arguments referits al servei d'abastament d'aigua potable siguin també traslladables a d'altres serveis públics locals que la normativa permeti prestar en règim de monopoli. Tanmateix, vist el detall amb què l'ACCO analitza les justificacions municipals, convé defugir automatismes i considerar cas per cas si els arguments s'ajusten al servei que es vol remunicipalitzar.

Sigui com vulgui, l'ACCO ha apuntat alguns altres arguments que també es podran tenir en compte en les anàlisis, tals com les situacions en què existeixin fallades de mercat derivades, bàsicament, de l'existència de determinades externalitats o asimetries informatives, o el fet que sigui imprescindible la presa en consideració de determinats criteris d'eficiència a l'hora de proveir de determinats serveis.

Quarta

Un cop s'ha decidit si els serveis públics enumerats a l'article 86.2 LBRL es presten en règim de monopoli o de lliure concurrència, l'ens local ha de decidir també quina mena de gestió, directa o indirecta, prefereix. Aquesta decisió és independent de l'anterior i no està predeterminada per aquesta. Per tant, ni el monopoli exclou la participació dels operadors privats mitjançant mecanismes de gestió indirecta, ni la lliure competència exclou la gestió directa del servei que presta el municipi en concurrència amb d'altres operadors.

La normativa tampoc estableix aquí una preferència per un mecanisme de gestió del servei públic o un altre, més enllà d'exigir fer-ho de la manera més sostenible i eficient possible. La decisió correspon, doncs, a l'ens local, dins del seu marge de discrecionalitat —no pas arbitrarietat— per optar pel mode de gestió que millor serveixi a la satisfacció dels interessos generals que persegueix, tot respectant els principis de sostenibilitat, eficiència i mínima distorsió del mercat.

La decisió dependrà dels recursos del municipi, de l'oferta i demanda existents en aquell territori en particular i, en certa mesura també, de raons d'ideologia i oportunitat política —dins del respecte als principis esmentats. Hi caldrà, en definitiva, una anàlisi cas per cas.

Cinquena

L'article 44 de la Directiva 2014/23/UE no inclou expressament la possibilitat de rescatar la concessió, abans de l'expiració del termini concessional, per motius d'interès públic que puguin justificar una decisió de remunicipalització del servei.

Tanmateix, entenem que l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE no s'oposa a una normativa nacional que prengui la possibilitat de rescatar una concessió de servei públic, abans de l'expiració del termini concessional, per raons d'interès públic i amb l'objectiu de passar a gestionar directament el servei. Les autoritats nacionals, incloses les locals, tenen un ampli marge de discrecionalitat a l'hora de configurar i prestar els seus serveis públics (SIEG, en la terminologia europea) i, per tant, el dit precepte s'ha d'interpretar en consonància amb aquesta discrecionalitat.

Sens perjudici de la indemnització que legalment pertoqui al concessionari de la gestió indirecta, entenem, doncs, que la decisió de remunicipalitzar un servei públic local per passar a prestar-lo directament quan encara és vigent una concessió prèvia no és contrària a l'article 44 de la Directiva 2014/23/UE, amb el benentès que la decisió municipal respongui efectivament a una valoració acurada de l'interès general i els criteris de sostenibilitat i eficiència a què obliga la normativa d'aplicació.

Annex documental

Normativa europea i altra documentació rellevant en relació amb el règim jurídic dels serveis d'interès econòmic general

Aquest Annex no pretén ser un recull bibliogràfic de tota la normativa, casuística i opinions doctrinals utilitzades per a l'elaboració del present estudi atès que aquestes referències es poden trobar en el propi cos del article o en notes al final. Aquest Annex té únicament l'objectiu de recopilar i facilitar l'accés a certa documentació rellevant en relació amb el concepte de SIEG i la seva interacció amb la normativa d'ajuts públics i defensa de la competència a la Unió Europea.

- Directiva de la Comissió 2006/111/CE, del 16 de novembre de 2006, relativa a la transparència de les relacions financeres entre els estats membres i les empreses públiques, així com a la transparència financera de determinades empreses, DO L 318 del 17.11.2006, p. 17-25.
- Comunicació de la Comissió *Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*, del 20 de desembre de 2011, COM (2011) 900 final.
- Decisió de la Comissió 2012/21/EU, del 20 de desembre de 2011, relativa a l'aplicació de les disposicions de l'article 106, apartat 2, del Tractat de funcionament de la Unió Europea als ajuts estatals en forma de compensació per servei públic concedits a algunes empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general, DO L 7 de l'11.1.2012, p. 3-10.
- Comunicació de la Comissió 2012/C 8/02, de l'11 de gener de 2012, relativa a l'aplicació de les normes de la Unió Europea en matèria d'ajuts estatals a les compensacions concedides per la prestació de serveis d'interès econòmic general.
- Reglament de la Comissió (EU) núm. 360/2012, del 25 d'abril de 2012, relatiu a l'aplicació dels articles 107 i 108 del Tractat de funcionament de la Unió Europea als ajuts de mínims concedits a empreses que presten serveis d'interès econòmic general, DO L 114 del 26.4.2012, p. 8-13.
- Comunicació de la Comissió 2012/C 8/03 *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*.
- Document de treball de la Comissió SWD/2013/040 final, del 21 de febrer de 2013, *3rd Biennial Report on Social Services of General Interest*, adjunt a la comunicació de la Comissió *Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020*.

- Document de treball dels Serveis de la Comissió SWD(2013) 53 final/2, del 29 d'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 Parlament europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, DO L 94 del 28.3.2014, p. 1-64.
- Estudi de la Comissió Europea sobre els models de finançament dels serveis públics i el seu impacte en la competència, Ecorys, KD-02-16-641-EN-N de 2016.

Notes

- 1 <http://transparencia.amb.cat/web/l-agencia/coneixer-l-agencia>.
- 2 La qüestió s'està debatent els darrers dies al Parlament de Catalunya: <http://www.parlament.cat/document/bopc/207484.pdf>.
- 3 «Els SIEG són activitats econòmiques que produeixen resultats en interès del bé públic general i que el mercat no faria (o que faria en condicions diferents pel que fa a la qualitat, seguretat, assequibilitat, igualtat de tractament i accés universal) sense una intervenció 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*, Brussel·les 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 Així ho indica expressament, per exemple, l'article 1.3, segon paràgraf, de la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior (Directiva de Serveis), DO L 376, del 27/12/2006, p. 36/68:
Aquesta directiva no afecta la llibertat dels estats membres de definir, de conformitat amb la legislació comunitària, el que consideren serveis d'interès econòmic general, com s'han d'organitzar i finançar aquests serveis d'acord amb les normes sobre ajudes públiques i a quines obligacions específiques s'han de supeditar.

De fet, d'acord amb els articles 16 i 17 de la Directiva de serveis, el règim de lliure prestació de serveis previst amb caràcter general en aquesta norma no és aplicable a diversos serveis d'interès econòmic general, tals com l'abastament d'aigua o el tractament de residus, entre d'altres.

En el mateix sentit, l'article 4 de la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió (Directiva 2014/23/UE), DOUE L 94 de 28/3/2014, p. 1/6, es pronuncia en els termes següents:

Llibertat per definir els serveis d'interès econòmic general

1. *La present Directiva no afecta la llibertat dels estats membres de definir, de conformitat amb el dret de la Unió, quins serveis es consideren d'interès econòmic general, com s'han d'organitzar i finançar aquests serveis de conformitat amb les disposicions sobre ajudes públiques i a quines obligacions específiques s'han de sotmetre. Igualment, la present Directiva no afecta la manera en què els estats membres organitzen els seus règims de seguretat social.*
2. *Els serveis d'interès general no econòmics no entren dins de l'àmbit d'aplicació de la present Directiva.*

En altres paraules, la definició del que és i el que no és un SIEG roman en l'esfera de competències dels estats membres, tot i que, evidentment, això no exclou ni l'aplicació de la normativa sobre ajuts públics quan pertoqui ni l'aplicació de la mateixa Directiva si el règim de configuració d'aquell servei entra dins del seu àmbit d'aplicació (amb l'excepció dels serveis d'interès general no econòmics).

Això no vol dir que la definició del concepte hagi estat exempta de controvèrsia entre la Comissió i els estats membres. Amb caràcter relativament recent, la Comissió va publicar unes orientacions per tractar d'indicar quins podrien ser els possibles abusos del concepte que entrarien en

el marc de la regulació europea de les ajudes públiques. El detall d'aquest debat queda fora de l'abast d'aquest estudi, però se'n poden consultar els documents rellevants a la pàgina web de la Direcció General de Competència de la Comissió Europea: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html.

- 6 Així ho emfasitza el Protocol núm. 26 annex al TFUE, que interpreta l'article 106.2 TFUE en els termes següents:
- Els valors comuns de la Unió pel que fa als serveis d'interès econòmic general d'acord amb l'article 14 del Tractat de funcionament de la Unió Europea inclouen en particular:*
- *el paper essencial i l'àmplia capacitat de discreció de les autoritats nacionals, regionals i locals per prestar, encarregar i organitzar els serveis d'interès econòmic general tan propers com sigui possible a les necessitats dels usuaris;*
 - *la diversitat dels serveis d'interès econòmic general i la disparitat de les necessitats i preferències dels usuaris que poden resultar de les diferents situacions geogràfiques, socials i culturals;*
 - *un alt nivell de qualitat, seguretat i accessibilitat econòmica, la igualtat de tracte i la promoció de l'accés universal i dels drets dels usuaris. [Èmfasi afegit]*
- 7 Sentència del TJUE del 24 de juliol de 2003, assumpte C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ECLI:E:C:2003:415. En aquest cas, s'analitzaven els límits de la compensació que podia rebre un operador privat encarregat de la gestió del servei públic de transport per carretera, per tal de garantir que no existia sobrecompensació que pogués entrar en l'àmbit d'aplicació de les prohibicions dels ajuts públics.
- 8 Cal tenir en compte que, en el cas espanyol, aquesta empresa pot ser pública o privada, en funció del tipus de gestió del servei, directe —a través d'una societat mercantil de titularitat pública, per exemple— o indirecte, que s'hagi escollit (vid. *infra* apartat 2.2).
- 9 El text de l'acord CETA es pot trobar a: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf
- 10 L'article 8.15.3 de l'acord CETA indica literalment el següent:
- Sens perjudici del que disposen els articles 8.10 i 8.12, una vegada que hagi entrat en vigor aquest acord, cap part pot adoptar una mesura o una sèrie de mesures incloses a la llista de l'annex II que requereixin, directament o indirectament i per motius de nacionalitat, a un inversor de l'altra part vendre o alienar d'una altra manera una inversió existent en el moment en què la mesura o el conjunt de mesures es facin efectius.*
- 11 Vegeu, per exemple, 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 a: http://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Working%20Paper_HSS%20in%20CETA%20TTIP_1604.pdf.
- 12 Les normes que se citen a continuació van ser objecte de modificació substancial, en aspectes rellevants per al present estudi, arran de l'aprovació de la Llei 27/2013, del 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local (Llei 27/2013). Aquesta Llei tenia com a objectiu principal garantir l'observança dels principis d'eficiència i sostenibilitat financera en el funcionament dels serveis públics municipals. Algunes de les translacions d'aquests principis al marc normatiu vigent van afectar, precisament, la configuració, l'abast i les alternatives de prestació dels serveis públics locals.
- 13 L'article 26.1 enumera els serveis públics que són d'obligatòria prestació per part de tots els ens locals (alguns en tots els municipis i d'altres depenent de llurs dimensions):
1. *Els municipis per si mateixos o associats han de prestar, en tot cas, els serveis següents:*

a) En tots els municipis:

Enllumenat públic, cementiri, recollida de residus, neteja viària, abastament domiciliari d'aigua potable, clavegueram, accés als nuclis de població, pavimentació de les vies públiques i control d'aliments i begudes.

b) En els municipis amb una població superior a 5.000 habitants, a més:

Parc públic, biblioteca pública, mercat i tractament de residus.

c) En els municipis amb una població superior a 20.000 habitants, a més:

Protecció civil, prestació de serveis socials, prevenció i extinció d'incendis, instal·lacions esportives d'ús públic i escorxador.

d) En els municipis amb una població superior a 50.000 habitants, a més:

Transport col·lectiu urbà de viatgers i protecció del medi ambient.

El fet que el precepte imposi l'obligació de prestar aquests serveis no s'ha de confondre amb cap obligació de prestació en règim d'exclusiva, és a dir, monopoli. D'aquesta segona se n'ocupa l'article 86.2 de la LBRL, que, després de la reforma operada per la Llei 27/2013, ha limitat enormement el marge d'actuació municipal pel que fa a aquesta decisió sobre la prestació del servei en règim d'exclusivitat.

14 A Catalunya, no s'ha reservat cap altra activitat o servei addicional als previstos a l'article 86.2 LBRL, de manera que la possibilitat de prestar serveis en règim de monopoli queda circumscrita als casos previstos en el dit precepte.

15 En l'àmbit d'actuació dels municipis catalans, l'autoritat de competència a qui cal demanar l'informe és l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO).

16 Es reproduïxen únicament els requisits propis d'aquesta tramitació, sens perjudici d'altres tràmits que puguin ser necessaris en la tramitació d'expedients municipals.

17 Article 243.2 DL 2/2003.

18 Article 86.1 LBRL, article 243.2 DL 2/2003 i article 183.1.b ROAS. D'acord amb els articles 243.2 i 244 DL 2/2003, en el cas de les activitats reservades per llei als ens locals, la comissió d'estudi que s'encarregui de la redacció d'aquesta memòria ha d'estar formada per membres de l'ens local, personal tècnic i representants dels usuaris.

19 Article 243.2 DL 2/2003.

20 Article 97.2 TRRL.

Respecte de quan és preceptiu demanar aquest dictamen, certes opinions autoritzades indiquen que podria considerar-se preceptiu no només en supòsits de municipalització (establiment o creació del servei públic local), sinó també en casos de remunicipalització, sempre que en aquest segon cas no s'hagués tramitat amb anterioritat a la decisió de gestió indirecta l'expedient preceptiu per a la prestació del servei en règim de monopoli. En altres casos en què sí que s'hagués tramitat l'expedient per a la prestació en règim de monopoli i s'hagués optat inicialment per la gestió indirecta però es canviés d'opinió, la sol·licitud de dictamen podria no considerar-se preceptiva, però sí que seria recomanable igualment una anàlisi interna de l'impacte competitiu de la nova decisió de l'ens local. Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalitzación de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, febrer de 2017.

21 Article 86.1 LBRL i article 183.2 ROAS.

22 Article 35.1.c de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC).

- 23 Article 8.3.k de la Llei 5/2005, del 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora.
- 24 Tot i que la sentència del Tribunal Constitucional 111/2016, del 9 de juny de 2016, ha considerat inconstitucional l'incís «el Consell de Govern» introduït a l'article 97.2 TRRL mitjançant les modificacions operades per la Llei 27/2013, el cert és que la necessitat d'aprovació pel Govern de la Generalitat també s'establia, en l'àmbit català, a l'article 184 ROAS amb caràcter previ a aquelles modificacions. Per tant, cal entendre que el requisit continua sent obligatori a Catalunya.
- 25 Article 184 ROAS.
- 26 Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalització de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, febrer de 2017.
- 27 Informe OB/19/2015 – INF art. 97.2 RDL 781/1986 Santa Maria d'Oló, del 26 de març de 2015.
- 28 L'Autoritat Andalusà de la Competència esgrimeix els mateixos arguments en el seu informe 02/10 sobre la prestació del servei d'abastament d'aigua al municipi de Vejer de la Frontera (Cadís), mitjançant gestió directa i efectiva execució en règim de monopoli, del 21 de gener de 2010.
- 29 Informe OB 35/2017 – INF art 97.2 RDL 781/1986, Vidreres, del 22 de març de 2017.
- 30 De fet, l'article 187 ROAS remet expressament als requisits procedimentals dels articles 183 i 184 ROAS en aquells casos en què els ens locals que presten en règim de lliure concurrència serveis essencials reservats per llei decideixen passar a prestar-los en règim de monopoli.
- 31 Així es deriva, per exemple, de la sentència del Tribunal Suprem del 23 de maig de 1997, recurs d'apel·lació núm. 6813/1991.
- 32 Article 85.2 LBRL i article 249 DL 2/2003.
L'ACCO ha reconegut expressament en els seus informes que la normativa local prioritza la gestió directa per la mateixa entitat local, juntament amb la figura de l'organisme autònom local, i només permet l'ús de les entitats públiques empresarials o les societats mercantils locals quan aquestes resultin ser formes de gestió directa més sostenibles i eficients que les anteriors, tenint en compte criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió. Vegeu l'informe OB 35/2017 – INF art 97.2 RDL 781/1986 Vidreres, del 22 de març de 2017, pàg. 8.
- 33 Article 277 del Reial decret legislatiu 3/2011, del 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (RDL 3/2011).
- 34 Colomé i Nin, A.; Grau i Arnau, S., «Remunicipalització de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, febrer de 2017.
- 35 En el mateix sentit, Gimeno Feliu afirma que ni la gestió [in]directa és sempre més econòmica i eficient, ni tots els serveis són més eficients i sostenibles amb gestió directa i que, per tant, cal fugir de postures apriorístiques maximalistes i realitzar una anàlisi cas per cas. Gimeno Feliu, J.M., «Remunicipalització de servicios locales y derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrer-març de 2016.
- 36 Article 286.b i article 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, febrer-març 2016; i Tornos Mas, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrer-març 2016.
- 38 Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, DOUE L 94 de 28.3.2014, p. 1/64.
- 39 La Directiva 2014/23/UE no ha estat encara transposada a Espanya. Tot i que l'eventual transposició podria suposar algunes matisacions als arguments que avançarem a continuació, ni la manca de transposició ni l'eventual efecte directe de les previsions de l'article 44 de la Directiva resulten especialment rellevants pel que fa a la viabilitat de l'argumentari que es proposa.



Santa Coloma de Gramenet.
La Llera del Besòs
© KIM MANRESA

RESPONSABILITAT SOBRE LA TERRA

FARS

Sentim a parlar d'estat. De nació. Potser de pàtria. D'identitat. D'unitat. Però, en canvi, a les àrees metropolitanes s'esmenta poc el concepte *terra*, que subjau sota la resta. No és casual que li doni nom al planeta que habitam. Les civilitzacions es creen i desenvolupen a través de les conquestes de la seva superfície. La història s'escriu arran d'aquestes conquestes. I també ho fan la política, l'economia. L'origen de quasi totes les guerres és territorial. Hi ha fronteres, llocs d'acollida, n'hi ha d'acollidors, n'hi ha que no ho són. Hi ha urbs i espais rurals. Recursos naturals i interessos comercials. El civisme designa el zel per les institucions, així com els bons costums dels que viuen en societat. Però res no és tan difícil com aconseguir la convivència en un món d'individualistes.

Paraules com estat, nació, cultura, unitat, pàtria, han estat cohesionadores. Per contra, dir que cal conservar la terra sona conservador. I aquesta és la trampa capitalista que ens hem posat. En temps de pobresa, als anys 50, era lògic que llocs com Mallorca es venguessin la mar, atès que la terra

costanera no valia un ral. Els primers souvenirs eren les escopinyes agafades de la platja; se'n trobaven tantes, que hauria estat d'idiotes no fer negoci amb un recurs que era gratis.

Des de llavors, amb la connivència de la majoria de polítics, ha calat la idea que, si no t'aprofites dels béns naturals, ets idiota. I atenció, perquè una cosa és aprofitar-los i una altra aprofitar-se'n. De fet, els béns naturals no surten gratis mai. Ningú no volia ser idiota, però n'hi havia que tenien consciència i alertaven sobre els perills que comporta l'exploració per obtenir diners ràpids. Tot d'una els desacreditaren, titllant-los d'ecologistes pesats; la paraula *bonista* també seria un insult, i *políticament correcte* i *de superioritat moral*. Només mereixien condescendència. Davant dels projectes cada cop més ambiciosos que feien gran la unitat del país, o la nació, o l'estat, la defensa de la terra era anecdòtica.

Si algú s'excedia (el *Rainbow Warrior* contra les prospeccions petroleres, per exemple), se li deia activista, que sona com terrorista. Si algú es manifestava

FARS

contra les urbanitzacions il·legals, era un antisistema. O un hippy o un rastaflauta, depenent de l'època. Era una molèstia, en tot cas, per al desenvolupament lliure del negoci sense escrúpols. Protegir cales, el fons marí, la posidònia, és incompatible amb l'arribada massiva de creuers. Protegir la fauna i flora de les platges ho és amb la construcció d'apartaments i hotels vora la mar. Fer una plantació de para-sols i hamaques damunt l'arena és incompatible amb l'espai públic. Dissenyar carrers perquè hi passin tres fileres de cotxes perjudica la salut dels veïns. Però quan es fan advertiments sobre això, la resposta és que anam contra la nostra naturalesa: si som turístics, si som urbans, ens hem de vendre a l'excés.

La naturalesa mai no és turística ni urbana, i les economies basades en els excessos tard o d'hora fan fallida. Abans, a més, s'hauran carregat l'ecosistema de forma irreversible. Ho hem vist amb la potent indústria del motor. Han hagut de passar anys per educar sobre els seus efectes. I cada cop que s'assoleixen petites grans victòries, la força global, mandrosa, ho reinicia tot, qüestiona tractats de Kyoto i canvis climàtics.

Barcelona es va obrir a la mar durant els Jocs Olímpics. Amb l'arribada de les companyies low-cost començà a posar-se guapa, per esdevenir després la botiga més gran del món; i això de maquillar-se per vendre's té un nom. Fa cinc anys, el 72% dels barcelonins defensava l'arribada de nous turistes. Avui, aquest està considerat el problema principal de

la ciutat, lligat al de l'accés a l'habitatge. La gentrificació ja afecta tot el territori Metropolità. Es dona per una manca de sòl en les zones més poblades, que farà, o bé que aquestes es massifiquin (La Florida, a l'Hospitalet, té el percentatge d'habitants per quilòmetre quadrat més alt d'Espanya), o bé que els seus veïns hagin de canviar de barri (el districte de Ciutat Vella ha perdut un 11% de població autòctona en l'última dècada; la meitat, en el cas del Gòtic).

La venda de pisos a l'Estat ja supera xifres de 2008, just abans que esclatàs la bombolla immobiliària. Amb un matís: un de cada quatre compradors és estranger. Les mega-fortunes globals estan desplaçant a les classes locals. La paradoxa es dona quan els que provoquen aquests moviments són els mateixos fons d'inversió que ni tan sols hi viuran, i que es nodreixen dels estalvis de les persones a les quals desplacen. Així, els preus per metre quadrat a l'Eixample, Sants-Montjuïc i Horta-Guinardó han pujat en 20% l'últim any. Per efecte dòmino, també s'han encarit la primera i segona corones metropolitanes; Molins de Rei, Cornellà o Mollet del Vallés en són les principals afectades.

Montgat i Castelldefels també s'han vist afectats, no tant per l'expulsió dels veïns del centre, com per l'arribada de turistes. Els lloguers disparen uns preus inaccessibles per als sous locals. Actualment, només un 5% dels pisos es poden llogar per menys de 800 euros al mes a Barcelona.

La diferència entre una ciutat cosmopolita i una de turística és que, en el segon cas, els turistes tenen més drets que els residents. Aquests darrers han esdevingut figurants a casa seva que, al seu torn, s'imita a ella mateixa convertida en un gran decorat ornat amb establiments que, com espècies invasores, fan desaparèixer els locals emblemàtics que la singularitzaven. Però no ens queixem, perquè això dóna riquesa, diuen. Segur? I a qui?

En parlar de turisme o inversió, se'ns diu quants diners deixen, però no quants costen. Se'ns diu que dóna molts llocs de treball, però no s'especifica la precarització d'aquesta feina (el sector de l'hoteleria és el que cobra menys de mitjana; uns quinze mil euros anuals).

L'accés a un habitatge digne és un dret fonamental, i en cap cas hauria de ser un negoci; menys encara de l'economia submergida. No hauria de regular-se segons les lleis del mercat, sinó segons les necessitats socials. Cal prendre mesures, com cal prendre-les en totes les indústries perquè es desenvolupin de forma equilibrada. Però costa fer-ho, perquè són restrictives i antipopulars. I el que cal, sobretot, és que tothom prengui responsabilitats.

Si no anam alerta, l'àrea metropolitana no perdrà sols qualitat de vida, perdrà la vida mateixa, que es troba en els barris. No posar-hi límits fa que no hi hagi marxa enrere; mirem sinó el que passa a Eivissa o Venècia, on el turisme augmenta any rere any, quan semblava que ja era impossible: més enllà del nom com a marca, no queda res del que eren. En canvi, Menorca s'ha guanyat la fama de protegir la terra.

L'anomenada turismofòbia (que sona com xenofòbia, igual que activista sonava com terrorista) no és més que la defensa natural del propi territori. I en això, els veïns que han estimat i respectat aquesta ciutat – aquesta terra, tot i que no s'esmenta – cada cop se senten més deseparats, i necessiten un motiu cohesionador. El problema serà que el conjunt de Barcelona es quedi sense veïns que puguin defensar-la.

La terra és un valor autèntic, un bé comú amb projecció de futur. El que ja hi era, i el que queda. La resta és supèrflua. Conservar-la respon a un sentiment atàvic, de conjunt. I és lícit que estigui per damunt dels interessos individuals, perquè ens reflecteix i ens representa. És el que compartim, el que som.

Llúcia Ramis



Barcelona. Barri del Raval
© KIM MANRESA

PRIMER, EL BON GOVERN

FARS

Tot i els anuncis del final de les ideologies, de l'emergència de les societats líquides o del triomf del pensament dèbil, el cert és que la vida política sembla anar a la seva i seguir camins contraris. Aquella «plàcida» desafecció d'uns pocs a la política ha donat lloc a una intemperant indignació generalitzada. El desinterès ha mudat per la desconfiança. El combat per ocupar el centre polític és substituït pels gestos de simpatia cap als extrems. La moderació i la prudència, les velles virtuts del governant, semblen covardes i s'exigeix radicalitat i atreviment. I si la llibertat d'expressió encara es veu amenaçada per l'abús d'una correcció política convertida en policia del pensament, no és menys cert que cada vegada queda més greument ferida pel desvergonyiment de les opinions intolerants.

Resumit així, pot semblar i ser una exageració. Però el creixement o la consolidació dels partits d'extrema dreta a l'Europa central i del nord, la victòria pírrica però efectiva de Donald Trump als Estats Units o la no menys ajustadíssima però determinant majoria a favor del Brexit al Reg-

ne Unit, fan pensar que el paisatge és força tal com l'he descrit abans. També trobaríem contraexemples que indiquen ziga-zagues i reculades en aquest camí. I podria ser que només fóssim davant d'un temps d'incertesa transitori propici per a les expressions més excèntriques. Tant de bo!

Fins i tot, i mirant de trobar-hi la cara més positiva, es podria pensar que d'aquesta crisi de la cultura política democràtica se'n pot derivar una reflexió crítica cap a allò que ens hi ha abocat i, sobretot, un redescobriments d'allò que li és més valuós i imprescindible. Per exemple, la importància d'emprar un llenguatge comprensible abandonant les barricades en les quals la política sol amagar les seves vergonyes. O la necessitat d'afavorir una participació del ciutadà més enllà de demanar-li el vot a cada confrontació electoral. O de tenir ciutadans ben informats. I sobretot, la crisi actual ha de fer entendre que, sense el restabliment d'una confiança consistent i provada, l'exercici del poder només es pot expressar de manera autoritària, és a dir, sense autoritat.

FARS

És en aquest marc de reflexió que voldria fer unes breus consideracions sobre la rellevància de la noció de bon govern. Precisament perquè en temps d'accentuació de la confrontació de discursos i relats —més que no pas d'ideologies— es pot pensar que la bondat de la governació només pertany a un dels bàndols —el propi, és clar— i no al dels altres, la idea del bon govern força a posar novament la mirada en allò que és comú, en allò que afavoreix la concòrdia entre contraris, en l'objectiu, si no del bé comú, si més no de l'interès general. Vegem-ho.

En primer lloc, la noció de bon govern té l'avantatge que se situa per damunt de qualsevol opció particular. Tant si governen les dretes com les esquerres, els moderats com els radicals, els grans partits de centre o les coalicions de minories, a tots se'ls pot exigir un bon govern. Fins i tot, abans que el compliment dels compromisos programàtics, el fonamental és la seva acomodació als principis generals que garantiran el reconeixement de la seva legitimitat democràtica tant entre els propis com entre els adversaris.

Així, l'estricta separació de poders, o l'extirpació radical de tota forma de corrupció o la transparència dels processos en la presa de decisions i la seva execució, per posar uns exemples, valen per a tothom. O, encara, el respecte curós cap a les minories, el compromís per l'equitat, la garantia de la seguretat, l'impuls de la justícia, la promoció de la cultura i el respecte al coneixement científic, l'estimació a la llibertat i el foment de la concòrdia, són components fonamentals del bon govern.

En segon lloc, la preeminència del bon govern, com a primera i principal exigència a tot govern, pot ser el fonament d'una tolerància democràtica ben entesa. I dic «ben entesa» perquè sovint la tolerància només s'exigeix de dalt cap a baix, o es converteix en l'expressió d'un autoritarisme condescendent. Aquí, per tolerància democràtica vull entendre no tan sols l'acceptació resignada d'una majoria de govern, sinó la crida a la participació crítica particularment en aquest pla superior i previ que defineix el bon govern. No es tracta de demanar a l'adversari que renunciï temporal-

ment a la defensa dels seus principis i interessos. Però sí que cal aconseguir que participi en la definició i el control d'aquelles bones pràctiques que hauran de caracteritzar la bondat del govern. No és un objectiu fàcil establir un alt grau de confiança entre adversaris. Però seria desitjable que la confrontació política se situés en el debat argumentat sobre l'oportunitat o no d'una decisió determinada, en els seus avantatges i conseqüències, i no pas —com és habitual— a fomentar la desconfiança sobre l'honorabilitat de l'oponent.

I és que, finalment, aquest és el moll de l'os del bon govern: construir una sòlida confiança crítica en el funcionament de les institucions a partir de les quals s'ha de bastir l'interès general. Per semblar ingenu, insisteixo en la idea que l'interès general s'ha de construir democràticament. El punt de partida ja sabem que és el de la confrontació d'interessos, sovint irreconciliables. I més en societats complexes com les nostres, en què la discussió ja no és a dos com sosté el populisme d'ara —els de dalt i els de baix; el poble i les elits o els pro i els

anti—, sinó que es produeix en plans múltiples i creuats. En aquest sentit, la idea de bon govern també esdevé cada vegada més complexa, és cert. I per això, encara amb més raó, caldria exigir a tot govern i a les seves institucions que, a més —i abans— d'aplicar els seus programes, dediquessin una bona part del seu temps, preocupacions i recursos a governar bé.

Ambrogio Lorenzetti, entre 1338 i 1339, a la Sala della Pace del Palazzo Pubblico de Siena, va pintar tres escenes sobre els criteris del bon govern i les seves conseqüències, i també sobre els efectes del mal govern, comandat per la Tirania. Més enllà de la bellesa d'aquests magnífics frescos, hi ha les representacions de les virtuts fonamentals d'aquest bon govern de què he estat parlant. Però si hagués de destacar-ne alguns elements, esmentaria el lloc que hi ocupen la Saviesa, la Justícia i la Concòrdia, i al costat de les virtuts cardinals, la Pau i la Magnanimitat. Tot plegat, un magnífic «racó de pensar» per a tots als qui ens preocupa el bon govern.

Salvador Cardús i Ros



COL-LABORADORS

En aquest número han col·laborat

Isabel Baixeras és advocada especialista en urbanisme, contractació pública, turisme, llicències, edificació i dret local. És llicenciada en Dret per la Universitat Autònoma de Barcelona (1978), amb diploma d'especialista en Dret Administratiu per la Universitat de Barcelona (1994) i amb postgrau en Contractació Pública per la Universitat Oberta de Catalunya (2017).

Gemma Calvet és advocada, màster en Polítiques Socials i Drets Humans per la Universitat de Barcelona i postgrau en Dret Diplomàtic per l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. Actualment és directora de l'Agència de Transparència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB). Des de 1991, ha exercit com a professional de l'advocacia i la consultoria en els àmbits del dret penal i els drets humans. Va ser diputada independent al Parlament de Catalunya, on va ser ponent de la Llei de Transparència. És autora de diversos llibres i col·labora des de fa més de catorze anys en diversos mitjans de comunicació. És membre de l'Associació d'Advocats Europeus Demòcrates.

Salvador Cardús és sociòleg, periodista, escriptor, doctor en Ciències Econòmiques i membre de l'Institut d'Estudis Catalans (IEC). És autor de múltiples llibres i col·labora en diversos mitjans de comunicació. El seu àmbit de dedicació ha estat, entre d'altres, l'estudi de la religió i la cultura i l'estudi de les identitats.

Carles Casajuana és diplomàtic i escriptor. Ha estat ambaixador d'Espanya al Regne Unit. Ha publicat, entre d'altres, la novel·la *L'últim home que parlava català* (Premi Ramon Llull 2009) i *Retorn* (Columna, 2017), així com l'assaig *Les lleis del castell (Notes sobre el poder)* (Premi Godó d'assaig, 2014). Col·labora regularment a *La Vanguardia*.

Jordi Duró és dissenyador gràfic. Ha treballat als EUA, en els prestigiosos estudis de Louise Fili i, més tard, com a col·laborador a Pentagram dins l'equip de Paula Scher. Cofundador de la revista *Scope*, és fundador i director creatiu de l'estudi de disseny i branding Duró. Actualment també és professor de la Universitat Pompeu Fabra i de l'Escola Eina. Ha estat vice-president de l'Associació de Directors d'Art i Dissenyadors Gràfics del Foment de les Arts i del Disseny (ADG-FAD). Des de la fundació del diari *Ara*, hi té la seva pròpia secció d'opinió gràfica.

Natza Farré és periodista. Actualment treballa al programa La Competència de RAC 1, entre d'altres. És autora del llibre *Curs de feminisme per microones* (Ara Llibres, 2016), on fa servir l'humor per exemplificar casos de masclisme.

Kim Manresa és un fotògraf europeu. Ha utilitzat la fotografia com a eina per a la denúncia social. Ha guanyat nombrosos premis, i els seus reportatges

sobre la prostitució infantil, la pobresa i l'ablació han generat gran interès i una nova visió sobre aquests problemes. El seu reportatge «El dia que la Kadi va perdre part de la seva vida» ha estat seleccionat per l'agència Associated Press com un dels cent millors reportatges del segle XX. Autor de més de 30 llibres, alguns dels quals han estat publicats en diverses llengües (català, castellà, eusquera, portuguès, francès, anglès, àrab, turc i coreà). Des del 1985 treballa a *La Vanguardia*.

Yolanda Martínez Mata és jurista i està col·legiada a Barcelona des del 2007. Exerceix d'advocada a Rating Legis, SLP des de 2015 i anteriorment a J&A Garrigues, SLP. Està especialitzada en dret públic, dret de la Unió Europea i dret de la competència. Va obtenir el màster en Dret Comunitari Europeu (LLM) pel Col·legi d'Europa (Bruges, Bèlgica), amb una beca del Patronat Català Pro-Europa (Generalitat de Catalunya), el màster executiu en Dret Empresarial pel Centre d'Estudis Garrigues en col·laboració amb la Harvard Law School i el títol de Juris Doctor per la Universitat de Puerto Rico. És professora associada de la Universitat de Barcelona (des de 2009) i de la seva Càtedra Jean Monnet de Dret Privat de la UE.

Ester Pujol és historiadora de formació i editora de professió. Ha estat editora de Columna Edicions i directora editorial del Grup 62 (del 2011 al 2014). Actualment és assessora editorial i col·labora a Catalunya Ràdio i RAC 1.

Llúcia Ramis és escriptora i periodista. Premi Josep Pla per Egosurfing, també és autora de *Coses que et passen a Barcelona quan tens trenta anys* i *Tot allò que una tarda morí amb les bicicletes*. Actualment col·labora a *La Vanguardia*, Catalunya Ràdio i Racl.

Stefan Rating és doctor en Dret i està col·legiat a Barcelona (1988) i Frankfurt am Main (Alemanya, 1991). És fundador del bufet Rating Legis, SLP (2011). Està especialitzat en dret de la UE; en particular, en competència, telecomunicacions i protecció de dades. Anteriorment va exercir d'advocat en diferents bufets i va ser funcionari de la Comissió Europea durant catorze anys. Com a tal, va ser assistent especial del director general de la Competència, portaveu del comissari Van Miert i lletrat del Servei Jurídic de la Comissió Europea. Ha exercit la docència en el màster IELPO i a la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat de la UE de la Universitat de Barcelona.

SUMARI

PRESENTACIÓ

Una nova finestra oberta a la transparència	5
<i>Ada Colau Ballano</i>	

INTRODUCCIÓ

A la llum dels nous temps	11
<i>Gemma Calvet i Barot</i>	

FARS

Es pot fer?	15
<i>Natza Farré</i>	

Un mal localitzat	19
<i>Carles Casajuana</i>	

ELS NOSTRES PILARS

Les obligacions de transparència de les entitats privades que reben fons públics o que presten serveis públics o de serveis d'interès general o universal	23
<i>Isabel Baixeras Delclòs</i>	

Anàlisi jurídica de les possibilitats de remunicipalització de serveis d'interès general, des d'una òptica de competència	59
<i>Stefan Rating i Yòlanda Martínez Mata</i>	

FARS

Responsabilitat sobre la terra	87
<i>Llúcia Ramis</i>	

Primer, el bon govern	91
<i>Salvador Cardús i Ros</i>	

Col·laboradors	95
-----------------------	----

Què fem?

Els principals objectius i actuacions que impulsa

l'Agència de Transparència són:

- **Elaborar protocols, recomanacions i informes sobre transparència, bon govern i prevenció de la corrupció.**
- **Adoptar un codi de conducta dels alts càrrecs.**
- **Coordinar la transmissió i el tractament de la informació perquè sigui publicada de manera actualitzada, comprensible, reutilitzable i que faciliti la rendició de comptes.**
- **Garantir l'ús efectiu del dret d'accés a la informació pública.**
- **Registrar i fer el seguiment de les relacions amb grups d'interès.**
- **Incorporar la perspectiva de gènere en les polítiques de transparència.**
- **Introduir clàusules de transparència en els processos de contractació pública i en la gestió externa dels serveis públics.**
- **Promoure bones pràctiques en la gestió dels serveis públics.**
- **Instaurar un programa de suport a la transparència en els municipis metropolitans.**
- **Promoure la formació permanent del personal en matèria de govern obert.**

Ens trobareu a

Web: transparencia.amb.cat

✉ transparencia@amb.cat

☎ +34 93 223 51 51

LUX BARCELONA

Llum (del llatí *Lux, lucis*). «Agent físic que és una de les formes d'energia, capaç d'impressionar els òrgans de la vista i que permet de veure els cossos.»

Aquesta revista, promoguda per l'Agència de Transparència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, vol ser un espai de trobada per a la reflexió i la generació de materials útils per al bon govern, conscient que és una prioritat treballar per un humanisme contemporani que faci seus els reptes que s'obren a les democràcies del s. XXI. Les polítiques públiques han d'anar fins a les arrels per garantir el futur d'una societat ètica i justa, i l'administració pública metropolitana, com una eina de governança per a les ciutats, no pot ignorar la regeneració democràtica. Amb la vocació de liderar-la, aquest conjunt de textos pretén aportar llum i revitalitzar la idea de la bona governança que va il·luminar el món durant la Il·lustració.

La presidenta de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, **Ada Colau**, introdueix aquest primer número de la revista *Lux Barcelona*, que també inclou una reflexió de **Gemma Calvet** sobre el valor i els reptes de la transparència aplicada, cap a una *democràcia de l'autenticitat*.

Els serveis públics d'interès general o universal formen els pilars d'aquest número, i són abordats tant des de la perspectiva de la transparència, com del bon govern. D'una banda, **Isabel Baixeras** desgrana les obligacions de transparència de les empreses prestadores de serveis públics i de les entitats que reben fons públics i, de l'altra, **Stefan Rating** i **Yolanda Martínez** analitzen, des de l'òptica del dret de la competència, les possibilitats de remunicipalització dels serveis d'interès general.

Lux Barcelona també inclou quatre mirades que sota l'epígraf "Fars" conviden a la reflexió des d'un punt de vista humanístic. En aquest volum la llum dels fars l'aporten **Natza Farré**, **Carles Casajuana**, **Llúcia Ramis** i **Salvador Cardús**. Així mateix, la revista s'enriqueix amb una sèrie de fotografies sobre la realitat i les polítiques metropolitanes del reputat fotògraf **Kim Manresa** i les il·lustracions de l'opinador gràfic **Jordi Duró**.