

ELEMENTOS AUTORIZATORIOS Y CONCESIONALES EN LOS TÍTULOS HABILITANTES (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)

Por

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR
Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO DE INTERÉS GENERAL Y DE LA CONCESIÓN A LA AUTORIZACIÓN.—II. LA DIRECTIVA 97/13/CE: AUTORIZACIONES GENERALES Y LICENCIAS INDIVIDUALES COMO TÍTULOS HABILITANTES: 1. *Las autorizaciones generales*. 2. *Licencias individuales*.—III. EL TÍTULO HABILITANTE: ¿*TERTIUM GENUS* O LA NECESIDAD DE DEPURAR CONCEPTOS?: 1. *El título habilitante: entre la autorización y la concesión*: 1.1. Elementos autorizatorios. 1.2. Elementos concesionales. 2. *Confusión sobre la naturaleza jurídica del título habilitante*. 3. *La relativización de la distinción autorización-concesión*. 4. *La ausencia de una teoría general de la autorización*. 5. *Hacia un replanteamiento de la concesión administrativa*.—IV. LA DIRECTIVA DE 2002: LA AUTORIZACIÓN GENERAL COMO TÍTULO HABILITANTE ÚNICO: 1. *La autorización general como «marco normativo»*. 2. *Derechos de uso de radiofrecuencias y números*. 3. *Obligación de información y potestades administrativas*. 4. *Tasas y cánones*.

I. DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO DE INTERÉS GENERAL Y DE LA CONCESIÓN A LA AUTORIZACIÓN

La liberalización de los servicios públicos —emprendida en Europa en los dos últimos decenios del siglo XX y cuya culminación no se producirá hasta bien entrado el siglo XXI— constituye un proceso que trasciende a la mera técnica de intervención administrativa en la economía para transformar o reformular el mismísimo concepto de Derecho Administrativo.

El inestable equilibrio entre Estado y mercado parece últimamente decantarse por este último, en un cambio que refleja las mutaciones experimentadas por ambas realidades. Si aquél tuvo que intervenir en el mercado se debió, en gran medida, a la incapacidad de éste para subvenir de forma adecuada, cuantitativa y cualitativamente, las necesidades básicas y colectivas de las personas, insuficiencia que se agudizó a finales del siglo XIX por las nuevas necesidades alumbradas por la Revolución industrial. De ahí el carácter histórico y contingente no ya del concepto de servicio público, sino de su contenido, pues lo que en un momento dado el mercado no podía satis-

facer, la evolución histórica permitía esa superación. La técnica del «servicio público» fue la articulación de la intervención pública en el mercado, si bien este modesto objetivo fue pronto desbordado por sus teorizadores de la Escuela de Burdeos, que creyeron encontrar en el servicio público la fundamentación omnicompreensiva del Derecho Administrativo.

A medida que el mercado fue evolucionando y solucionando sus carencias, la confrontación servicio público y mercado se acentuó a lo largo del siglo pasado. El acoso y derribo que desde el mercado se realizó sobre el servicio público contó desde el primer momento con la complicidad de las limitaciones intrínsecas de este último. La teoría del servicio público ha evidenciado siempre que, básicamente, no ha dejado de ser eso: una teoría. El desarrollo del Derecho positivo y de la jurisprudencia, así como de las modalidades de prácticas de organización y de funcionamiento de los servicios públicos, mostraron un desfase entre la teoría y la realidad.

Las telecomunicaciones son un buen ejemplo de ello. Las insuficiencias del servicio público se agudizaron por la revolución tecnológica de finales del siglo xx, que transforma decisivamente las posibilidades del mercado, que no sólo ya no se limita a responder a las necesidades colectivas, sino que es capaz de fomentar esas o nuevas necesidades. Deja, pues, de estar justificada la clasificación de las telecomunicaciones como servicio público, lo que implicaba su exclusión del mercado y la necesidad de una concesión administrativa para prestar la actividad. Devuelta ésta al mercado, la intervención administrativa se reduciría a autorizar el libre desenvolvimiento de la actividad empresarial del particular, una vez que se constata que aquélla no es contraria al interés público. Ahora bien, la lógica interna del mercado no se compatibiliza en ocasiones con las exigencias públicas de igualdad y continuidad, lo que obliga a imponer obligaciones específicas a los operadores (obligaciones de servicio público). Se acuña así el concepto de «servicio de interés general», que pretende conciliar la libre prestación de la actividad con una fundamentación diferente de las potestades administrativas de intervención y de las obligaciones de servicio público.

En consecuencia, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones supone un cambio en la actividad administrativa y en sus técnicas de intervención. Se abandona la actividad de servicio público para volver a la originaria actividad de policía, si bien ésta mediaticada históricamente por aquélla. Se pasa de la clásica institución del «servicio público» al novedoso instituto del «servicio de interés general», fundamento de la nueva modalidad de intervención admi-

nistrativa: la regulación. Y, finalmente, se soslaya la concesión en beneficio de la autorización.

Resulta, sin embargo, necesario analizar todos y cada uno de estos elementos para comprender convenientemente el alcance y el significado del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, pero también para resaltar las técnicas novedosas que se han alumbrado al socaire del mismo respeto a los títulos habilitantes de acceso a la actividad, que, pese a recurrir formalmente a la tradicional técnica autorizatoria, mantiene elementos sustancialmente concesionales que provocan dificultades prácticas y dogmáticas que es imprescindible estudiar.

II. LA DIRECTIVA 97/13/CE: AUTORIZACIONES GENERALES Y LICENCIAS INDIVIDUALES COMO TÍTULOS HABILITANTES

La normativa comunitaria sobre instrumentos administrativos que permiten el acceso al mercado de las telecomunicaciones fue definida en la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Ante la imposibilidad de evitar la intervención de la Administración en el momento del acceso al mercado, se optó abiertamente por regímenes de acceso que no exigieran siquiera autorizaciones o, como mucho, que estén basados en autorizaciones generales. La autorización se erigió así en el instrumento de intervención pública privilegiado para alcanzar tanto la libre prestación de servicios como la consecución de las exigencias comunitarias de respeto a los intereses públicos (1).

La Directiva definía la «autorización» como todo permiso en el que se definieran derechos y obligaciones específicos del sector de las telecomunicaciones y que permitiera a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones y, en los casos en que proceda, el permiso para establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios, en forma de «autorización general» o «licencia individual» (art. 1).

Sin embargo, el contenido del derecho de los operadores que la autorización (general o individual) actuaba podía verse modulado de dos formas diferentes. En primer lugar, todas las autorizaciones pueden encontrarse sometidas a *condiciones* que no hacen sino determi-

(1) Cfr. A. BLANDIN-OBERMESSER, *Le régime juridique communautaire des services de télécommunications*, Armand Colin, París, 1998, pág. 131.

nar el contenido de aquéllas de forma directa, pero indirectamente están precisando el contenido del derecho que puede ejercer el operador y que no hace sino diluir progresivamente (según se trate de autorizaciones generales o de licencias individuales) la preexistencia pretendida del derecho que haría valer dicho operador. El peligro que este condicionamiento supone intenta ser neutralizado por la Directiva, por un lado, a través de la enumeración de las condiciones que expresamente pueden establecerse y, por otro, porque su imposición debe «justificarse objetivamente en relación con los servicios de que se trate y deberán ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes».

En segundo lugar, el acceso se puede ver restringido en función de lo que el Derecho Comunitario denomina «*requisitos esenciales*» (2), y que son las razones no económicas y de interés público que pueden llevar a un Estado miembro a establecer determinadas condiciones para el establecimiento y/o explotación de redes de telecomunicaciones o para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Estas razones se limitan a la seguridad de explotación de la red, al mantenimiento de su integridad y, en casos justificados, a la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación del territorio, así como al uso eficaz del espectro de frecuencias y a la necesidad de evitar interferencias perjudiciales. La protección de datos puede incluir la protección de los datos personales, la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y la protección de la intimidad.

1. *Las autorizaciones generales*

Las autorizaciones generales deberían permitir la prestación de un servicio y el establecimiento o la explotación de una red sin necesidad de recabar una decisión expresa (esto es, se articularía a través de una mera comunicación o jugaría la regla del silencio positivo) por parte de la Administración, y podrían consistir bien en un conjunto de condiciones específicas definidas previamente de un modo general (como las licencias por categorías), bien en una legislación general que permita la prestación del servicio y el establecimiento o la explotación de la red de que se trate.

La liberalización del sector de las telecomunicaciones supondría, en su concepción más liberalizada, la ausencia de intervención ad-

(2) La Directiva 96/19/CE hacía referencia a ellos como «exigencias esenciales».

ministrativa («los Estados miembros no impedirán a una empresa que satisfaga las condiciones aplicables establecidas en una autorización general ... suministrar el servicio o las redes de telecomunicaciones»: art. 5.1). Esto, sin embargo, es utópico e implanteable. De ahí que la Directiva procediera a transigir con una intervención pública gradualmente intensa. Partiendo de la base de una reglamentación pública —o de un «estatuto» (3)— para la actividad autorizada (primer escalón de intervención), la Directiva pretende que, como mucho, los Estados exijan a las empresas que intenten suministrar el servicio o las redes de telecomunicaciones que obtengan una autorización general o una licencia individual (segundo escalón de intervención).

La naturaleza autorizatoria con la que se configura intrínsecamente la autorización general determina la posibilidad de que no sea imprescindible pronunciamiento administrativo alguno, pues el procedimiento de las autorizaciones generales sirve como procedimiento de registro y verificación y no como un sistema para elegir qué compañías pueden competir (4). La Administración sólo debería intervenir «cuando la empresa beneficiaria (potencialmente, se entiende) de una autorización general no cumpla alguna de las condiciones establecidas en una autorización general». En este caso, la autoridad administrativa «podrá comunicar a dicha empresa que no tiene derecho a acogerse a dicha autorización general y/o imponer a la empresa, de forma proporcionada, medidas específicas que permitan garantizar dicho cumplimiento» (art. 5.3). Es de resaltar ya esta potestad de la Administración de imponer las medidas específicas para que la empresa se adecue a los requisitos de las autorizaciones generales, de donde se infiere no una mera actividad de intervención negativa frente a las propuestas, sino una intervención positiva que configura la actividad de la empresa e, indirectamente, el derecho a prestar dicha actividad por las condiciones que se pueden asociar a las autorizaciones generales y que, en este contexto, dan un cierto margen de apreciación a la Administración no sólo en el momento de la verificación, sino también de la dirección de la actividad a efectos de adecuarse a dichas condiciones. Además, la autoridad administrativa puede imponer un conjunto de condiciones específicas para desarrollar la actividad autorizada.

(3) J. M. DE LA CUÉTARA, «El marco normativo comunitario europeo. La directiva de licencias», en J. M. DE LA CUÉTARA, R. ARIÑO y T. ZAGO, *Autorizaciones y licencias en Telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Fundación Estudios de Regulación/Comares, Granada, 2000, pág. 107.

(4) D. W. HULL y K. VAN HOVE, «European Union», en *International Telecommunications Law* (Ed. D. CAMPBELL), BNA International Inc., Londres, 1999, pág. EU/64.

Pero la capacidad de configuración administrativa de la autorización general no se termina en el momento del nacimiento de ésta, pues la propia Directiva reconoce una suerte de *ius variandi* en favor de la Administración: «Los Estados miembros podrán modificar las condiciones relativas a una autorización general cuando haya una justificación objetiva y se haga de forma proporcionada» (art. 4.3).

2. *Licencias individuales*

Las licencias individuales son, sin duda alguna, las más trascendentes del sector de las telecomunicaciones, pues confieren derechos específicos a un operador o imponen a éste obligaciones específicas que complementan a las autorizaciones generales. Su régimen jurídico viene determinado por los supuestos en que se pueden expedir (5), por la problemática derivada de la posible limitación de su número y por la peculiaridad de su procedimiento de otorgamiento.

La licencia individual es la autorización concedida por la Administración, que exija una evaluación individual de la solicitud y que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación. En principio, la expedición de las licencias individuales se supedita a que «se conceda al beneficiario acceso a recursos escasos, ya sean físicos o de cualquier otra naturaleza, o cuando el beneficiario esté sujeto a obligaciones especiales o goce de derechos especiales» (art. 3.4).

Las relaciones entre ambas autorizaciones («autorización general» y «licencia individual») no quedan claras en la Directiva, pues, como se ve, la licencia individual no tiene por qué estar necesariamente precedida por una autorización general. Cuando esto es así, la licencia individual no puede restringir ni incrementar los derechos concedidos en virtud de autorizaciones generales ni las condiciones

(5) Los supuestos previstos son los siguientes: 1) para permitir al titular de la licencia el acceso a radiofrecuencias o números; 2) para conceder al titular de la licencia derechos particulares con respecto al acceso al dominio público o privado; 3) para imponer al titular de la licencia obligaciones y requisitos relativos al suministro obligatorio de servicios de telecomunicaciones accesibles al público y/o redes públicas de telecomunicaciones, incluidas las obligaciones que exijan al titular de la licencia suministrar un servicio universal y otras obligaciones derivadas de la normativa referente a la oferta de red abierta; 4) para imponer al titular de la licencia obligaciones específicas cuando posea un peso significativo en el mercado de suministro de redes públicas de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones accesibles al público; 5) para llevar a cabo el suministro de servicios de telefonía vocal accesibles al público y para el establecimiento y suministro de redes públicas de telecomunicaciones y de otras redes que supongan la utilización de radiofrecuencias.

de éstas, excepto en casos objetivamente justificados y de una manera proporcionada, en particular para reflejar las obligaciones derivadas de la prestación del servicio universal o el control de un peso significativo en el mercado, o bien para reflejar las obligaciones correspondientes a ofertas realizadas en el curso de un procedimiento comparativo de licitación (art. 8.1).

Se reconoce, finalmente, la prerrogativa del poder público para modificar las condiciones relativas a una licencia individual, pero se precisa justificación objetiva y variación proporcionada. Como puede apreciarse, un *ius variandi* en toda regla, que, paradójicamente, apenas si se encuentra sometido a la garantía formal de la notificación de su ejercicio a fin de que las partes interesadas puedan manifestar sus puntos de vista sobre las modificaciones previstas (art. 8.4). Parece, pues, que las modificaciones son obligatorias en todo caso, con la única regla de la proporcionalidad, cuya aplicación al ámbito del régimen económico-financiero instaurado por la autorización resulta obligada, a pesar del silencio de la Directiva.

Los Estados miembros no pueden limitar el número de licencias individuales para cualquier categoría de servicios de telecomunicaciones salvo cuando resulte necesario para garantizar el uso eficaz de radiofrecuencias o durante el tiempo que sea necesario para facilitar números suficientes. Bajo la expresión «uso eficaz de radiofrecuencias» late la realidad de que el dominio público radioeléctrico deviene un recurso escaso en el que únicamente pueden operar una serie de empresas, por mucho que las innovaciones tecnológicas amplíen las posibilidades, lo que obligaría a revisiones de la limitación (cosa que el Estado debe hacer «a intervalos razonables»: art. 10.2). Consciente del privilegio que supone el otorgamiento de una licencia individual cuando su número está limitado, la Directiva conmina a los Estados a que las concedan «con arreglo a criterios de selección no discriminatorios, objetivos, transparentes, proporcionados y detallados» (art. 10.3), criterios que, combinados con el hecho de que la selección tenga en cuenta la necesidad de facilitar el desarrollo de la competencia y de conseguir los máximos beneficios para los usuarios, permiten recurrir —como de hecho así ha sucedido— tanto a la subasta (6) como al concurso, alternativa que en muchos casos parece haberse dirimido por razones políticas y fiscales.

Los procedimientos relativos a la concesión de licencias individuales deben ser objeto de una publicidad adecuada («Boletín Ofi-

(6) No sin cierto cinismo, FEIEL señala que la legislación austríaca entiende por «uso eficaz de radiofrecuencias» «la cantidad de dinero que el solicitante ha ofrecido para el uso de las frecuencias en cuestión»: W. FEIEL, «Austria», en *International Telecommunications Law* (Ed. D. CAMPBELL), BNA International Inc., Londres, 1999, pág. AUT/11.

cial del Estado» y «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»). Tales procedimientos serán abiertos, no discriminatorios y transparentes, justificándose los tratamientos diferenciados únicamente en razones objetivas. Incluirán, asimismo, plazos razonables, informando al solicitante de su decisión lo antes posible y a más tardar seis semanas después del recibo de la solicitud, si bien los Estados miembros pueden ampliar este plazo hasta cuatro meses en casos debidamente justificados y definidos expresamente en la normativa. Concretamente, se prevé que el plazo será de hasta cuatro meses más (en total, pues, ocho) cuando estemos en presencia de procedimientos comparativos de licitación (art. 9.2).

El pretendido carácter reglado de las licencias se refleja en la afirmación del derecho de las empresas a obtener la licencia individual cuando satisfaga las condiciones legal y previamente establecidas y, obviamente, aporte ese cumplimiento. Y las importantes prerrogativas de la autoridad administrativa se manifiestan, igualmente, a lo largo de la vida de la licencia, pues si su beneficiario incumpliere alguna de las condiciones en ella establecidas, aquélla «podrá retirar, modificar o suspender la licencia individual, o imponer, de forma proporcionada, medidas específicas destinadas a asegurar dicho cumplimiento» (art. 9.4). Se prevén, eso sí, las garantías de un trámite de audiencia, de un plazo de subsanación y de un procedimiento de recurso ante un organismo independiente de la autoridad administrativa que adoptó la decisión.

Vuelve a afirmarse el carácter no recaudatorio de las licencias individuales, pues los cánones que se impongan —proporcionalmente al trabajo que suponga el procedimiento de concesión y públicamente— sólo pueden tener por objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de licencias individuales aplicable. Ahora bien, cuando se trate de recursos escasos, «los Estados miembros podrán autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos. Estos gravámenes no podrán ser discriminatorios y habrán de tener en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia» (art. 11.2). Ésta ha sido la cobertura que ha permitido la organización de esas subastas billonarias para la concesión de licencias de telefonía móvil UTMS en países como Gran Bretaña o Alemania, cuyo carácter recaudatorio no ha sido siquiera disimulado ni por los Estados (7) ni por la

(7) Piénsese en la polémica política suscitada en España durante el verano de 2000 sobre el dinero que se había dejado de recaudar por el Gobierno al conceder las cuatro licencias de telefonía de tercera generación por concurso.

Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) (8), que reputa la operación como la venta de un activo no financiero (la licencia) cuyo importe tiene un impacto sobre la capacidad financiera de las Administraciones Públicas al aumentar los ingresos y reducir, normalmente de una sola vez, el déficit del año en el que se otorga.

III. EL TÍTULO HABILITANTE:

¿*TERTIUM GENUS* O LA NECESIDAD DE DEPURAR CONCEPTOS?

1. *El título habilitante: entre la autorización y la concesión*

La liberalización del servicio público de telecomunicaciones determina que para acceder a este mercado ya no sea precisa una concesión, sino una autorización o, con la terminología que se ha acuñado para los sectores liberalizados, un título habilitante de naturaleza eminentemente autorizatoria. Pero si esto es así desde el punto de vista de los presupuestos básicos y de las líneas generales del régimen jurídico de los citados títulos, lo cierto es que éstos introducen en su contenido una serie de elementos típicamente concesionales.

1.1. *Elementos autorizatorios.*

El principal aspecto en el que se manifiesta el título habilitante como una autorización es el que hace referencia a su otorgamiento. En efecto, el hecho de que las telecomunicaciones fuesen un servicio público cuya prestación se realizaba, directa o indirectamente, en régimen de monopolio, suponía la prohibición de prestar la actividad al resto de operadores que no se beneficiasen de una concesión más o menos discrecional de la Administración.

La liberalización, en cambio, implica el reconocimiento de un derecho a prestar servicios de telecomunicaciones a todos aquellos que cumplan los requisitos recogidos en la normativa. De la preexistencia del derecho a realizar esta actividad se deriva el carácter reglado del otorgamiento de las autorizaciones. La Administración, para otorgar o no la autorización, realiza una actividad de comprobación, dadas las circunstancias objetivas que concurren en el sujeto solicitante para el ejercicio del derecho, y una actividad de valoración de

(8) *Décision d'Eurostat relative à l'attribution de licences de téléphonie mobile (UMTS)*, julio de 2000 (en «Eurostat News Release», núm. 81/2000, 14 de julio de 2000). Vid., al respecto, el artículo del Prof. José BAREA en «La Razón», jueves 14-IX-2000, pág. 5.

la oportunidad del ejercicio del mismo. Esto permite afirmar el carácter reglado en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones y licencias, de manera que la Administración tiene la obligación de conceder aquéllas cuando lo solicitado se acomoda a la normativa aplicable y, por contra, debe denegarlas cuando no se adecue, con lo que se consigue que el control administrativo no degene-re en arbitrariedad.

Sin embargo, como señala CIRIANO VELA (9), es posible constatar amplios márgenes de discrecionalidad a la Administración (especialmente, ahora, a las Administraciones independientes reguladoras) no sólo a través de la existencia de conceptos indeterminados en el supuesto de hecho o de invocaciones de cláusulas tan generales como la del «interés público», sino también por la introducción de nuevos títulos interventores: servicio universal, defensa de la competencia, garantía de suministro (10), protección del medio ambiente (11) o defensa de los consumidores y usuarios (12).

Y es que, a pesar de que las normas que llevan a cabo la liberalización de servicios proclaman solemnemente el carácter reglado de su otorgamiento, lo cierto es que —como apunta FERNÁNDEZ FARRERES— ello nada significa acerca de la precisión con que las correspondientes normas hayan fijado los requisitos y condiciones exigibles para el otorgamiento de estos títulos (especialmente de las licencias). Así, aunque no sea discrecional el otorgamiento, «bien puede suceder que la configuración normativa de estos requisitos y condiciones doten a la Administración de importantes márgenes de apreciación en orden a verificar su efectivo cumplimiento. El otorgamiento (y la denegación), en esos casos, no dejan de ser reglados, ya que la Administración no puede denegarlo por razones de mera conveniencia u oportunidad si el solicitante reúne los requisitos y condiciones. Pero no es menos cierto que la decisión que se tenga que

(9) C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 337 y ss.: «como consecuencia de este proceso liberalizador no se ha producido necesariamente una disminución de la discrecionalidad administrativa, sino que este hecho sólo puede apreciarse en relación algunas técnicas de intervención administrativa (como la intervención directa, las autorizaciones o el servicio público tradicional) ... Al cambiar el papel del Estado, convertido de interventor directo en regulador, también ha cambiado el modo en que ejerce la discrecionalidad, que en la actualidad es ante todo una *discrecionalidad reguladora* (autorizatoria, inspectora, sancionadora, normativa), además de seguir contando en muchas ocasiones con facultades de configuración política en su labor de ordenación económica (*discrecionalidad política*)».

(10) Artículo 2 Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

(11) Por ejemplo, artículo 21 Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, donde uno de los criterios para el otorgamiento de las autorizaciones para la producción de energía eléctrica es el «*adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales*».

(12) Artículo 3.f) Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

adoptar no queda definitivamente predeterminada, al exigir un juicio previo acerca de ese cumplimiento que, en principio, puede llevar a muy diferentes apreciaciones y resultados finales. Situación ésta que aún se potencia más cuando el otorgamiento se vincula al cumplimiento de determinadas condiciones que, genéricamente previstas por la norma, hay que concretar individualizadamente, en atención a las circunstancias específicas que concurren en cada caso» (13).

En este contexto reglado de otorgamiento de autorizaciones y licencias, se comprende que, en caso de silencio administrativo, la regla general sea que el sentido de éste sea positivo. Ahora bien, si la autorización ya no se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de algún derecho, pues existen actividades privadas en las que está muy presente el interés público, en estos casos las potestades de la Administración sólo pueden ejercerse válidamente comprobando previamente las circunstancias objetivas condicionantes del otorgamiento de la autorización: ello obliga a la Administración a resolver, caso por caso, invocando, interpretando y aplicando la normativa (legal y reglamentaria) que resulte aplicable. En este sentido, evidentemente, el silencio administrativo positivo quizás sea desaconsejable.

1.2. *Elementos concesionales.*

La adecuación del título habilitante a la categoría administrativa de la «autorización» resulta lógica en el marco liberalizador en el que se encuadra. No obstante, estos títulos presentan elementos en su régimen jurídico que recuerdan en gran medida a la concesión y que, como no podía ser de otra manera, han causado gran extrañeza a la doctrina, que, sin embargo, ha procedido con grandes dosis de automatismo y apenas si se ha cuestionado las razones de tales elementos extraños a la autorización, haciendo derivar exclusivamente de la desaparición del servicio público la fundamentación de que, en cualquier caso, no estamos ya ante concesiones.

En primer lugar, es necesario destacar las potestades administrativas que puede ejercer la Administración (14). Además de facultades

(13) G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Licencias individuales. Comentario al artículo 16 LGT», en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (Coords. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, pág. 115.

(14) Según FERNANDO PABLO, «todo lo que hace el ordenamiento, con relación al título habilitante (cuando éste permite prestaciones al público y puede ser objeto de obligaciones de servicio público), es atribuir expresamente poderes a la Administración similares a los que permiten alterar los términos de la posición contractual y, por tanto, de manera más fácil

sancionadoras (15), de dirección (16), reglamentarias (17) o de interpretación (18) de las condiciones de las licencias, la potestad más destacada es, sin duda alguna, la de modificar las condiciones de las autorizaciones, pero muy especialmente de las licencias. Esta suerte de *ius variandi* sólo se encuentra limitado por la previsión de que tenga lugar en casos objetivamente justificados y de forma proporcionada.

que la modificación ordinario del estatus resultante de un acto unilateral. Para ello se otorgan prerrogativas semejantes a las de un verdadero título contractual de servicio público». M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, pág. 147: «En términos más simples, los títulos habilitantes, que no son títulos concesionales, se pueden ver conformados en lo que afecta a la posición de la Administración, por determinadas prerrogativas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye a ésta en cuanto parte contractual».

(15) La normativa de telecomunicaciones somete a los titulares de las licencias a un régimen sancionador propio, precedido, evidentemente, de las correspondientes funciones inspectoras, recogido en el Título VIII de la Ley General de Telecomunicaciones. Las infracciones aparecen convenientemente tipificadas y clasificadas en muy graves (art. 79 LGT), graves (art. 80 LGT) y leves (art. 81 LGT), estableciendo igualmente en su artículo 82 la correspondiente correlación entre infracciones y sanciones. Finalmente, la función inspectora corresponde, en principio, al Ministerio, mientras que la potestad sancionadora es objeto en la Ley de un reparto de competencias entre la CMT y el Ministerio de Ciencia y Tecnología (art. 84 LGT).

(16) Camuflados en el seno de la potestad sancionadora, los pliegos de bases reguladores de las licitaciones en caso de limitación de número reconocen una suerte de *potestad de dirección* por la Administración de la actividad de los titulares de las licencias. Así, la cláusula 27 de la Orden (*Orden de 10 de noviembre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación*, «BOE» núm. 270, de 11 de noviembre) establece que los informes elaborados por el órgano de inspección del Ministerio de Ciencia y Tecnología «servirán, en su caso, para que éste pueda dar las instrucciones oportunas a los titulares de las licencias, los cuales estarán obligados a cumplirlas, a efectos de garantizar la prestación correcta y continuada del servicio y la adecuada y eficaz utilización y protección del dominio público radioeléctrico».

(17) Además de la competencia que ostenta el Ministerio de Ciencia y Tecnología para dictar y modificar las Órdenes Ministeriales que desarrollan aspectos específicos de las autorizaciones y licencias. Lo que interesa traer aquí a colación es la capacidad que se atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para «dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado» —art. 1.2.2.f) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones—. Esta competencia se encuadra en la conocida problemática del reconocimiento de la potestad reglamentaria a las denominadas Administraciones independientes, admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 135/1992, de 5 de octubre, relativa a las Circulares del Banco de España). Según SALA ARQUER, la legislación aplicable a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha seguido el modelo «de delimitar un ámbito funcional y atribuir dentro del mismo una potestad normativa no necesitada de habilitaciones previas», lo que «es sin duda más acorde con el estatuto de autonomía real propio de estos organismos reguladores» (J. M. SALA ARQUER, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Universidad de Burgos/Civitas, Madrid, 2000, pág. 73).

(18) Según el artículo 1.2.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá competencia para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales y las condiciones de las licencias y autorizaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Paradójicamente, esta regulación de esta potestad administrativa es más onerosa para el titular de la licencia que para el hipotético y anterior concesionario. Antes de la reforma de 2002, no se concede audiencia al interesado. No se prevé tampoco la aplicación del principio del equilibrio económico-financiero (19) si las modificaciones introducidas unilateralmente por la Administración suponen un quebranto de la economía de la autorización o de la licencia (20). En cualquier caso, este *ius variandi* en las autorizaciones y licencias difícilmente se concilia con el principio de inmodificabilidad de los actos declarativos de derechos (21).

En segundo lugar, la necesidad de limitar el número de licencias por la insuficiencia de disponibilidad del espectro de frecuencias cambia, cualitativamente, el acceso al mercado. Y es que, en tales casos, aunque se pueda recurrir a la subasta, en muchas ocasiones se han organizado concursos que otorgan a la Administración un margen de apreciación muy amplio. Pero, con independencia del medio de adjudicación, lo fundamental es destacar que, en tales casos, se opera un cambio radical en la intervención administrativa: aunque formalmente el otorgamiento de la licencia reconozca el derecho a prestar el servicio, realmente éste es una consecuencia de la licencia. Y es que, como acertadamente señala PARADA, «en todos aquellos casos en que se da una limitación de la actividad, el número reducido parece transmutar la idea del derecho o posibilidad abierta a todos

(19) Aunque, por ejemplo, la cláusula 29 de la citada Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999 haga referencia explícita al equilibrio económico-financiero de las licencias, al señalar que «no supondrá alteración del equilibrio económico-financiero de las licencias, ni dará derecho a indemnización por alteración del referido equilibrio, la entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio».

(20) FERNÁNDEZ FARRERES señala que estos títulos habilitantes —igual que las «autorizaciones de funcionamiento» en general— el principal problema que suscitan es el de los efectos de las modificaciones que se pueden realizar en el seno de los mismos respecto de las situaciones adquiridas de acuerdo con las reglamentaciones y condiciones iniciales concretadas en el momento de otorgamiento de los mismos. Según este autor, partiendo «de la negación misma de la existencia de un derecho subjetivo sobre la actividad autorizada», a lo sumo se puede reconocer «un derecho adquirido al ejercicio de la actividad», pero nunca a ejercitarla en unas determinadas e inamovibles condiciones. «A partir de aquí se explica que los cambios o alteraciones de las condiciones no conlleven derecho indemnizatorio para el titular de la autorización o licencia, lo que, en todo caso y aun salvando las distancias, no deja de contrastar con el propio régimen jurídico del ejercicio por la Administración del *ius variandi* en los contratos de gestión de servicios públicos»: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Licencias individuales. Comentario al artículo 16 LGT», en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (Coords. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, págs. 123 y 124.

(21) Ello es lo que permite afirmar a PARADA que las prerrogativas de la Administración en el seno del contrato administrativo han sido llevadas tan lejos que, paradójicamente, «los derechos del contratista resultan menos garantizados que si los tuviera reconocidos en un acto administrativo unilateral» (R. PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte general*, 12.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 332). Pues bien, la regulación de las prerrogativas administrativas sobre los títulos habilitantes equipara en debilidad de garantías al concesionario y al beneficiario de un título habilitante.

los ciudadanos a ejercer un derecho, o a ser admitido al ejercicio de una actividad o profesión, en la contraria de que se trata de un privilegio que la Administración crea para un administrado; en suma, de una concesión» (22).

En tercer lugar, no hay que desdeñar el hecho de que para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante autorizaciones o licencias en muchas ocasiones sea necesario gozar de una concesión de dominio público radioeléctrico. Así, y por vía incidental, la concesión se incorpora a la licencia (23). Cuestión, por cierto, en modo alguno baladí. Piénsese, si no, en la famosa tasa por el uso del espectro radioeléctrico («el espectrazo») que el Gobierno español impuso a los beneficiarios de licencias UMTS otorgadas mediante concurso a muy bajo precio y a los que, ante las críticas, sometió a una tasa de 160.000 millones de pesetas. Los operadores se quejan, y con razón, por el hecho de que ello les supone un serio quebranto en sus estructuras financieras que no estaba previsto cuando solicitaron la licencia.

En cuarto lugar, estas reminiscencias concesionales de los títulos habilitantes se agravan, en el caso de las telecomunicaciones, por la perturbadora e innecesaria remisión que en muchos aspectos realiza la Ley General de Telecomunicaciones a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, más en concreto a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Así, el procedimiento de otorgamiento de las licencias individuales en caso de limitación de su número (art. 21 LGT) o el régimen supletorio aplicable a la extinción (revocación) y transmisión (art. 19 LGT) o al cumplimiento de las obligaciones de servicio público de las licencias individuales o, finalmente, a las capacidades para ser titular de la licencia, al exigirse, conforme a la normativa de contratación administrativa, solvencia económica y financiera, solvencia técnica o profesional o la declaración de no estar incurso en prohibiciones para contratar (art. 13.3 Orden de Licencias Individuales), amén de la exigencia de constitución de garantías (art. 16.3 OLI). Todo lo cual no hace sino posibili-

(22) R. PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte general*, 12.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 419: «En definitiva —concluye este autor—, el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercitada, ni discrecionalidad en el otorgamiento (...), remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas».

(23) Orden de 9 de marzo de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico («BOE» núm. 64, de 15 de marzo de 2000). Vid. M. FERNANDO PABLO, *El dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad*, en el núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 107-147; J. MARZO COSCULLUELA, «El dominio público radioeléctrico», en *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*, Marcial Pons/Garrigues Andersen, Madrid, 2000, págs. 149-189.

tar que se llene de contenido concesional el vaso de oro de la licencia liberalizadora.

2. *Confusión sobre la naturaleza jurídica del título habilitante*

Las peculiaridades concesionales que presentan los títulos habilitantes para acceder al mercado de las telecomunicaciones permiten que se planteen dudas sobre su naturaleza jurídica (24). Quizás la solución más sencilla es la de admitir la existencia de una figura híbrida entre la concesión y la autorización —«concesiones autorizatorias», «autorizaciones concesionales» (25) o, más eufemísticamente, «autorizaciones cuasicontractuales» (26)—. En cualquier caso, un *tertium genus* que respondiese a la novedad de la conexión activadas-privadas-título habilitante-obligaciones de servicio público (27).

Ni siquiera se resuelve la cuestión —tal y como aventura RANGONE— con la afirmación de una pretendida nueva categoría de autorización, las «autorizaciones conforme al Derecho Comunitario», caracterizadas por la enumeración descriptiva de sus singularidades (28). Ahora bien, su origen no explica la problemática doctrinal que suscitan, pues si cada vez que el Derecho Comunitario, amparado en la vinculatorie-

(24) Así, FERNÁNDEZ FARRERES concluye que «la similitud de las licencias individuales, máxime cuando su número esté limitado, con las concesiones de servicio público, resulta verdaderamente notable. Teniendo en cuenta que la posibilidad de servicios sujetos a licencias que lleven aparejadas obligaciones de servicio público o que necesiten del uso del dominio público radioeléctrico no será infrecuente, no parece excesivamente arriesgado concluir que las llamadas licencias individuales y, en particular, las otorgadas concursadamente, si no son, en realidad, concesiones, al menos, sí son una técnica mucho más próxima a la concesión que a la autorización, a pesar de la calificación que, por imperativo formal del Derecho Comunitario Europeo, la Ley General de Telecomunicaciones les otorga»: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Licencias individuales. Comentario al artículo 21 LGT», en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (Coords. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, pág. 146; A. BOIX PALOP, *Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público*, en «Revista General de Derecho», núm. 680, Valencia, mayo 2001, págs. 3299-3340; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía*, en «Justicia Administrativa», núm. 18, 2003, págs. 19-20.

(25) Esta salida por la calle de en medio ha sido, efectivamente, sostenida por autores como J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, pág. 249, quien hablaba, muy expresivamente, de «autorizaciones-concesionales».

(26) T. ZAGO, «Las licencias individuales (I): Régimen jurídico general», en J. M. DE LA CUÉNTARA, R. ARIÑO y T. ZAGO, *Autorizaciones y licencias en Telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Fundación Estudios de Regulación/Comares, Granada, 2000, pág. 170.

(27) J. M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pág. 476.

(28) N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bolonia, 1999, pág. 286, quien califica a las autorizaciones generales y las licencias individuales introducidas por las normas de liberalización de las telecomunicaciones como «medidas o actos consensuados» que «deben ser otorgados con base a criterios transparentes, no discriminatorios, objetivos, proporcionales y convenientemente motivados; las condiciones impuestas deben estar objetivamente justificadas en relación al servicio en cuestión, no discriminatorias, proporcionales y transparentes».

dad derivada de sus principios que lo adornan (eficacia directa y primacía), estableciese regulaciones cuya adecuación a las instituciones internas resultase cuando menos forzada, estaríamos creando categorías específicas dentro de las categorías internas. Téngase, además, en cuenta que el Derecho Comunitario, aunque sea un Derecho específico que podría crear sus propias instituciones de naturaleza administrativa, lo cierto es que, como dice el adagio latino, *nihil novum sub sole*, lo que quiere decir que la creación comunitaria se inspira en los Ordenamientos internos, lo cual, paradójicamente, es la causa de todos los problemas, pues, por ejemplo en el ámbito de las telecomunicaciones, las categorías comunitarias han sido tomadas, casi calcadas, de la regulación inglesa, que en poco se corresponde con la continental.

Aunque quizás, en el trasfondo de todo, el proceso de liberalización haya removido cimientos —hasta ahora considerados sólidos— de muchas instituciones administrativas. Y es que, como decía FORSTHOFF, «para la historia del Derecho Administrativo, lo interesante es la época de variación, en que la técnica del contraste ofrece más amplia luz sobre lo trascendente y lo inmanente de la institución» (29). De ahí que lo que en realidad hay que plantearse es la insuficiencia de la autorización para explicar los títulos habilitantes. Y ello en razón, primero, a la relativización de la distinción entre la autorización y la concesión, al haber tomado aquélla muchos elementos de ésta, y, segundo, a la explicación de esa contaminación concesional de la autorización: la ausencia de una auténtica teoría general de la autorización.

3. *La relativización de la distinción autorización-concesión*

Básicamente, la autorización, en su propio y estricto sentido interventor, suponía de modo autónomo u originario el derecho subjetivo del particular que, a diferencia del derecho constituido por la concesión, no surgía en virtud de un acto administrativo, siendo sólo el ejercicio de aquel derecho subjetivo del particular lo que resultaba intervenido.

La profundización en la naturaleza jurídica de cada una de estas dos instituciones ha llevado a disquisiciones que han terminado —o que han empezado— por adquirir un carácter de confrontación, de

(29) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1950, Vorwort, pág. 15.

suerte que lo que se afirmaba de una inmediatamente se le negaba a la otra (y viceversa) (30). La simetría final no podía ser más armónica: la autorización es declarativa del derecho, mientras que la concesión era constitutiva; la autorización es de naturaleza reglada (31) y la concesión de naturaleza discrecional; la intervención administrativa en la autorización se agotaba en su otorgamiento, mientras que en la concesión la Administración ostentaba poderes continuados y permanentes de vigilancia y dirección sobre el concesionario.

Todos los elementos que caracterizarían una y otra institución se ha relativizado, de manera que hoy día las diferencias entre autorización y concesión se han difuminado hasta el punto de ser calificadas como «convencionales» (32). En primer lugar, porque la autorización en ocasiones no se refiere solamente a derechos subjetivos preexistentes, sino que en ocasiones lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación de los particulares por su mera vinculación negativa a la ley. Además, al menos en los casos de limitación del número de autorizaciones que se puedan otorgar, ya dijimos que la intervención administrativa más parece constitutiva del derecho que mera reconocedora de aquél. E incluso en el resto de supuestos, si bien es cierto que se reconoce y proclama la existencia de un derecho, por ejemplo, a prestar servicios de telecomunicaciones o servicios postales o ferroviarios, su contenido es, primero, el que diga la ley (como no podía ser de otra manera), pero incluso también el reglamento y, esto es lo importante, en última instancia, el propio título habilitante, que no se limita a reconocer lo que venga establecido en la ley y en el reglamento, sino que modula, completa y concreta la normativa general. En este contexto habría que entender la reciente toma de posición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, quienes, en sus últimas ediciones de su ya clásico *Curso de Derecho Administrativo II*, señalan que, en el marco de la nueva legislación liberalizadora, «la autorización se perfila hoy como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida *constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente*» (33).

(30) O. RANELETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni amministrative. Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, 2 vols., Bocca, Torino, 1894; A. M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze*, en «Rassegna di Diritto Pubblico», 1958, págs. 1 y ss., y M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1993, págs. 609 y ss.

(31) J. A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968, pág. 389, para quien autorización y discrecionalidad son dos elementos incompatibles.

(32) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pág. 268.

(33) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 7.ª edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 137 (la cursiva es mía).

También hay que destacar que la atenuación de la diferencia entre concesión y autorización se debe a la intensidad de los poderes discrecionales que la Administración se reserva con frecuencia en la materia a efectos de otorgar o negar autorizaciones y por la limitación, jurídica o fáctica, del número de autorizaciones.

La consagración de esta relativización, o al menos su consecuencia, fue la aparición de las autorizaciones de funcionamiento. Y es que si la autorización es la técnica típicamente administrativa por la que se actúa la actividad de policía, lo cierto es que el objeto de ésta sobrepasó hace años el limitado contenido de seguridad, para encaminarse hacia la conformación económica y social (34). De ahí la evolución de la autorización desde un tipo simple a un tipo operativo o de funcionamiento, en la que se establecía una relación jurídica permanente entre la Administración y el administrado.

Lo cual no hace sino retrotraernos en el tiempo a finales del siglo XIX, hasta el nacimiento de la concesión de servicio público, cuando en ésta desemboca el proceso de intensificación de las potestades de policía con las que se pretendía controlar la actividad de los particulares. Ante la constatación de que esta actividad tenía una repercusión pública no ya negativa (actividad de policía), sino positiva (de servicio público), en la medida en que a aquélla se le asignan unos objetivos determinados para la satisfacción de necesidades colectivas, la autorización, primero, se expande en la autorización de funcionamiento y, luego, se desborda en la concesión.

Y es que, como señala PICARD, no es a través del servicio público que resulta preciso explicar la actividad de policía. La historia impone una actitud radicalmente inversa: los servicios públicos se analizan como prolongaciones hipostasiadas e instituidas de determinadas actividades de policía que han padecido una metamorfosis bajo el efecto de la evolución de la idea del Derecho liberal en determina-

(34) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., pág. 136: «La crisis del esquema tradicional se ha hecho especialmente aguda a partir del momento en el que, rebasando el ámbito propio del orden público, en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables». RANGONE, por su parte, critica precisamente la utilización de las autorizaciones y de las licencias como «instrumentos de dirección y control de actividades desarrolladas en mercados hoy día liberalizados»: N. RANGONE, «Gli atti amministrativi per l'attività di impresa nel settore delle telecomunicazioni», en *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni* (Dir. F. BONELLI y S. CASSESE), Giuffrè, Milán, 1999, pág. 123.

dos sectores: los servicios públicos han sustituido a la actividad de policía allá donde ésta no respondía más a las exigencias de su idea (35).

En efecto, el paso del Estado liberal al Estado social se manifiesta, desde el punto de vista administrativo, por la transición de la actividad de policía a la actividad de servicio público (36). Ahora bien, habría que estudiar en qué medida esa mutación no fue una consecuencia experimentada por la actividad de policía que, en muchos casos, al imponerle unos fines extraños a su institución, revela la inadecuación de los medios para su consecución. En el ámbito que estamos tratando, la autorización simple de policía se ve dotada de una finalidad configuradora de la sociedad que era completamente ajena a su naturaleza (37). La imposición de objetivos positivos (obligaciones específicas con vistas a la consecución del interés general) hace que la autorización experimente un cambio en su interior.

El surgimiento de muchos servicios públicos vino dado, en el siglo XIX, por la transformación de actividades privadas sometidas a la actividad de policía en actividades regidas por el Derecho de los servicios públicos. El término final, ciertamente, fue el servicio público, pero los medios y las formas de llegar a él fueron ciertamente inescrutables. Más aún, muchas de ellas experimentan esa mutación pero no son formalmente proclamadas como servicios públicos. De forma que, aun continuando jurídicamente como actividades privadas, en algunos casos se produce una incorporación al servicio públi-

(35) Cfr. E. PICARD, *La notion de police administrative*, tome II, LGDJ, París, 1984, pág. 797. Según este autor, las reglamentaciones relativas a la economía, al urbanismo, al medio ambiente, etc., no pueden dejar de tener una naturaleza de «policía»: «El hecho de que comprendan un orden público “constructivo” o “dinámico” o, más aún, el interés general —nociones no obstante imbuidas de una finalidad social— no debe hacer cambiar de opinión: ello atestigua, simplemente, que la policía se ejerce progresivamente más allá de sus fronteras, y que se encuentra en una situación límite o —si se permite la extrapolación— en una fase transitoria, una fase de maduración en la que la noción de “control administrativo de las actividades privadas de interés general” constituye el punto más avanzado. Desde el momento en el que estas reglamentaciones regulan prácticamente toda la vida social, considerarlas como normas de servicio público permitiría consagrar la mutación de naturaleza, no ya de algunas actividades sociales aisladas, sino del conjunto de las actividades sociales. Es, entonces, toda la institución liberal la que cambiaría de naturaleza» (p. 814).

(36) E. PICARD, *La notion de police administrative*, tome I, op. cit., pág. 259: «Por tanto, el servicio público constituye el término hacia el que todas las reglamentaciones de policía parecen deber conducir su evolución. Esta noción ejerce su poder de atracción tanto sobre actividades de policía relativamente recientes, como la policía económica, como sobre otras más tradicionales, como la caza o los edificios que amenazan ruina».

(37) Conclusiones del Comisario del Gobierno QUESTIAUX en C.E., *Société des Pétroles Shell-Berre*, de 19 junio 1964, en «Revue de Droit Politique», 1964, pág. 1023: «A diferencia de la mayoría de los regímenes de autorización que persiguen fines de policía o de sanidad distintos a la actividad propia de los particulares, el fin confesado de la intervención del Estado (en materia petrolera) era la organización de la actividad económica en cuestión y no una organización negativa, del tipo de las licencias de importación».

co vía orgánica (mataderos, puertos industriales, mercados públicos o taxis) (38) y, en otros, vía asociación funcional.

Este último supuesto es el que más nos interesa para ver precisamente la evolución de la autorización administrativa. El caso probablemente más significativo es el de los servicios de gas y de electricidad (39) en Francia, que, de no ser más que actividades privadas sometidas a meras autorizaciones simples de policía, experimentaron un aumento de intervención que las convirtió en lo que LAUBADÈRE denominó «autorizaciones condicionadas» (40). La Ley de 15 de junio de 1906 hizo coexistir estas autorizaciones con las concesiones, lo que mostraba bien a las claras cómo la intervención administrativa había dejado de ser puramente negativa. La transición fue, pues, suave, pero la inadecuación del engendro de la autorización condicionada para encauzar positivamente la actividad de los particulares en este sector llevó a la Ley de 27 de febrero de 1925 a generalizar la concesión. Evolución, sin embargo, semejante experimentaron los transportes por ferrocarril.

Vemos, pues, cómo, por un lado, una de las vías para llegar al servicio público fue la intensificación de la actividad de policía que desborda progresivamente sus límites y, por otro, que la concesión también se constituyó en término final de esa evolución, pero en este caso la actividad de policía reaccionó creando una figura intermedia, la autorización condicionada, que pretendía respetar una mínima intervención pública sobre una actividad siempre privada. El cambio fue apenas perceptible, pero real, y evidenció, primero, que la concesión, en esos casos, estaba originada en esa evolución y, segundo, que entre autorizaciones condicionadas y concesiones había una tenue separación en modo alguna cualitativa, sino más bien cuantitativa desde el punto de vista de la regulación, de las potestades y de las obligaciones positivas que configuraban su contenido.

4. *La ausencia de una teoría general de la autorización*

Centrados los estudios en el servicio público y, por ende, en la concesión administrativa, la autorización, carente de reflexiones generales que caracterizasen doctrinal y legalmente sus límites y sus

(38) Vid. E. PICARD, *La notion de police...*, op. cit., págs. 428-432, con un alto número de decisiones del *Conseil d'État* en las que basa esta idea.

(39) Vid., al respecto, V. TESTE, *Les services publics de la distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, París, 1940.

(40) A. LAUBADÈRE, «L'autorisation conditionnée», en *Mélanges Sayagues Laso*, pág. 1245.

elementos, se fue afirmando, por un lado, como negación de la concesión y, por otro y paradójicamente, adoptando y adaptando en parte el régimen jurídico de la concesión en cuanto instrumento administrativo por excelencia para someter al administrado a una relación jurídica continuada que tuviese por objeto no la actividad profesional de aquél (lo que nos conduciría a la situación estatutaria de los funcionarios públicos), sino a su actividad mercantil. Esta contaminación concesional de la autorización de funcionamiento pone de manifiesto la necesidad de elaborar una teoría general de la autorización, en general, y de la autorización de funcionamiento, en particular.

El título habilitante acuñado en el proceso liberalizador tiene, pues, la virtualidad de enfrentar a la autorización de funcionamiento (en la que teóricamente se encuadra) con sus propias limitaciones y carencias, de entre las que no es la menor, como se adelantó anteriormente, la ausencia de una teoría general de la autorización. Si previamente tachábamos la remisión que hacía la Ley General de Telecomunicaciones a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no sólo de perturbadora (al sembrar la confusión sobre su supuesta naturaleza jurídica), sino también de innecesaria, ello obedecía —en lo que respecta a este último aspecto— a que el llamamiento a la normativa de contratación administrativa no resuelve problemas que no pudiese solventar por sí solo el instituto autorizatorio, tal y como han apuntado puntual y fragmentariamente la normativa y la jurisprudencia (41).

5. *Hacia un replanteamiento de la concesión administrativa*

Sin embargo, las similitudes de régimen entre las autorizaciones de funcionamiento o, más concretamente, entre los títulos habilitantes y las concesiones permitirían plantearse el problema de

(41) Así, el silencio negativo como regla general de las autorizaciones de funcionamiento se puede predicar por el hecho de que si la autorización ya no se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de algún derecho, pues existen actividades privadas en las que está muy presente el interés público, en estos casos las potestades de la Administración sólo pueden ejercerse válidamente comprobando previamente las circunstancias objetivas condicionantes del otorgamiento de la autorización: ello obliga a la Administración a resolver, caso por caso, invocando, interpretando y aplicando la normativa (legal y reglamentaria) que resulte aplicable. Tal y como lo asevera, al menos cuantitativamente, el Real Decreto de 5 de agosto de 1994 por el que se adecuan a la Ley 30/1992 las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones. Por su parte, la intransmisibilidad —o, al menos, la necesidad del visto bueno de la Administración— en el supuesto de las autorizaciones *intuitu personae* ha sido señalada, por ejemplo, en STS de 24 de marzo de 1983.

la auténtica relación entre ambas. Pues si los títulos habilitantes presentan un cuerpo autorizatorio, más parecería que su alma es concesional. Y es que, como se apuntó anteriormente, el beneficiario de un título habilitante se encuentra sometido a un estatuto jurídico-público objetivo, integrado por la normativa (legal y reglamentaria) y por el propio título (autorización o licencia), que si formalmente se proclama como propio de la autorización, sustancialmente, en lo que respecta a los derechos del particular y a las potestades de la Administración, responde más bien en la práctica a una concesión.

Quizás habría que volver a plantearse, en definitiva, la naturaleza última y auténtica de la concesión (42). La naturaleza jurídica de la concesión, en general, y de la concesión de servicio público, en particular y por derivación, es uno de los temas más debatidos en la doctrina administrativa, y del que se ha hecho eco la jurisprudencia. En efecto, ya de entrada, algunos autores ponen en duda que se pueda hacer una construcción unitaria de la figura (género) o consideran que únicamente pueden avanzarse algunas notas comunes de sus distintas especies (demanial, de servicios, industrial) (43). Tanto la doctrina como la jurisprudencia van a discutir si se trata de un acto unilateral de la Administración (un acto de poder, de soberanía, un privilegio policial o de autoridad) o de un acto bilateral, de un pacto contractual, de un vínculo contractual del que derivan derechos y obligaciones recíprocos o de un concierto de obligatoria observancia, de un contrato bilateral o simplemente de un contrato sin más calificativos.

Con el nacimiento de la concesión de servicio público a mediados del siglo XIX surgieron, asimismo, los debates doctrinales y las dudas jurisprudenciales sobre su naturaleza jurídica. Hasta bien entrado el siglo XX, asistimos a la confrontación entre la tesis que concibe a la concesión como un acto administrativo unilateral y la tesis que la entiende, en cambio, como un contrato administrativo. Esta última, de hecho, fue la opción por la que se decantaron las legislaciones sobre contratos de muchos países (Francia, España). Con ello, la teoría del contrato se incorporaba a la concesión, así

(42) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de junio de 2002, destaca «tanto la vigencia de la concesión como su regulación singular y fragmentada, impuesta por su necesaria adaptación a los objetivos diferenciados a los que sirve en el marco de las legislaciones sectoriales. Este tratamiento diversificado ha llevado a oscurecer su concepto e incluso a violentar sus notas sustantivas a favor de soluciones muy concretas hasta hacer perder, paradójicamente, a la institución, víctima de este afán de especialización, gran parte de su capacidad ordenadora» («Boletín Oficial de las Cortes Generales», 21 de junio de 2002, núm. 99-1).

(43) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 10.ª edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 718.

como ya lo había hecho el servicio público que constituía su objeto. Discernir, de entre el contrato y el servicio público, los elementos genuinos y propios que caracterizan a la concesión administrativa, pese a no ser sencilla, no resulta por ello tarea menos obligada.

La concesión administrativa no sólo se enmarca en el seno de la acción administrativa de servicio público, sino que ha terminado por hacer de éste su objeto específico. Y es que la tecnificación e institucionalización conceptual del «servicio público» es una operación eminentemente teórica, llevada a cabo en los albores del siglo XX por la conocida como «Escuela de Burdeos» (DUGUIT, JEZE), y con la que de forma omnicomprendiva pretendieron fundamentar todo el Derecho Administrativo. Quizás por ello, esta conceptualización no haya tenido debidamente en cuenta ni el Derecho positivo ni la propia realidad de los servicios públicos, buscando, más bien, influenciar a ambos. Todas estas circunstancias explican el éxito —al menos inicial— del concepto de servicio público, pero también su fracaso: el modelo elaborado académicamente quedó pronto reducido a un ideal. El desarrollo del Derecho positivo y de la jurisprudencia, así como las modalidades prácticas de organización y de funcionamiento de los servicios públicos, mostraron un desfase entre la teoría y la realidad (44). Una de las instituciones constreñidas por el servicio público sería la concesión.

La concesión puede haber experimentado un doble proceso de reducción de objeto y de confusión de naturaleza. Reducción de objeto al constreñir la concesión al servicio público monopólico (45). Cuando a partir de comienzos del siglo XX se elabora el concepto de «servicio público», la concesión queda asociada inseparablemente a él, operándose de esta manera una restricción de su ámbito de aplicación. Y es que si el despliegue de la concesión va a precisar el presupuesto de un servicio público con sus elementos propios (*publicatio*, fundamentalmente, que realiza la reserva de actividad en favor del sector público), la falta de éste va a propiciar la creación de una zona gris entre la concesión de servicio público y la autorización simple de policía que da lugar a soluciones muy dispares, pero cuya nota común es la afirmación de un campo propio, por negación, a la autorización. Eso sí, una autorización *sui generis*: la autorización de fun-

(44) D. ESPLUGAS, *Le service public*, Dalloz, París, 1997, pág. 11.

(45) Probablemente, sin monopolio no habría concesión en el servicio público. GALLEGO ANABITARTE, a su vez, recuerda cómo en Alemania no existe «concesión de servicio público» porque no existe servicio público: A. GALLEGO ANABITARTE, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», en *Libro Homenaje al Profesor Juan GALVÁN ESCUTIA*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1980, pág. 223.

cionamiento (46), a mitad de camino entre el servicio público y la policía administrativa, pero con peculiaridades más propias de aquél. Esa zona gris va a plantear numerosos problemas tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Para ello se acuña el concepto de servicio público «impropio» o «virtual» (47), en el que, según los casos, operaría la concesión (48) (al menos sustantiva, ya que la formal estaría reservada al servicio público propio) o una suerte de «autorización de servicio público» (49). Incluso ha propiciado que se propugne la existencia de una clase específica de concesión, como sería la concesión industrial (50).

Y confusión de naturaleza de la concesión de servicio público, al subsumir la concesión en el denominado «contrato de gestión de servicios públicos» (51), cuya consagración legal tuvo la virtualidad de acallar el debate doctrinal sobre la naturaleza de la concesión administrativa, pero no de extinguir las, eso sí, ya esporádicas dudas jurisprudenciales. Sería, pues, necesario analizar cuándo, cómo y por qué la bilateralidad de la concesión —explicable perfectamente

(46) F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milán, 1957.

(47) La jurisprudencia francesa, por ejemplo, aceptó esta posibilidad en las decisiones del *Conseil d'État* de 4 de mayo de 1929 (*Lefebvre du Grosriez*), Rec. pág. 470; de 13 de enero de 1933 (*Mironneau*), S. 1933, III, pág. 41; de 11 de julio de 1934 (*Beaumont*), S. 1935, III, pág. 333. Vid. E. PICARD, *La notion de police administrative*, t. I, LGDJ, París, 1984, pág. 433. En España se ha hablado de «servicio público objetivo»: R. GÓMEZ-FERRER, *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, en el núm. 70 de esta REVISTA, págs. 7-27. También han tratado el tema S. MARTÍN-RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en el núm. 24 de esta REVISTA, págs. 117-162, y J. L. MEILÁN, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)*, en el núm. 71 de esta REVISTA, págs. 59-99.

(48) STS de 19 de noviembre de 1984, donde, aunque la sentencia de instancia no considera que se trate ni de concesión ni de servicio público, sino de servicio impropio o virtual (es decir, una verdadera industria privada sujeta a intervención administrativa en función del interés público), el Tribunal Supremo en casación sigue hablando de concesión, si bien de forma incidental, aunque no menos expresiva.

(49) L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 151.

(50) J. L. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1952, pág. 693, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 720.

(51) «Habría que diferenciar la relación concesional de la pura relación contractual»: J. L. MEILÁN, *Sobre la determinación...*, op. cit., pág. 98. Más contundente es la opinión de GALLEGO ANABITARTE, quien señala cómo «el tema de la distinción entre el acto y el contrato administrativo en España presenta además una dificultad superior, por la peculiar evolución que ha sufrido la contratación administrativa, donde una de las partes ostenta de forma general unos privilegios, que desde luego hace muy difícil calificar a dicho acto jurídico como contrato (rescisión unilateral, interpretación, modificación). Esta crítica, que fue iniciada hacia 1920 por Recaredo Fernández de Velasco y reanudada en 1963 por Parada Vázquez ... ha quedado sepultada en la doctrina española y desplazada por un derecho positivo contundente al respecto»: A. GALLEGO ANABITARTE, «La acción concertada...», op. cit., pág. 242.

en cuanto acto-condición o sencillamente por crear una relación jurídica bilateral (52)— desemboca y se subsume en la contractualidad administrativa. Según BEZANÇON, esto tuvo lugar en Francia a comienzos del siglo XIX, en la medida en que «el paso del antiguo régimen a los regímenes republicanos viene marcado, desde el punto de vista de las concesiones, por la transformación de los actos unilaterales en contratos estructurados por tres elementos distintos: la Ley, el contrato y el pliego de condiciones» (53). En cuanto al porqué, la contractualidad proporcionaba en el siglo XIX una garantía adecuada para el concesionario, que se veía resguardado de los cambios unilaterales de la concesión. Sin embargo, las potestades o privilegios con los que progresivamente se fue dotando la Administración en el seno del instituto contractual atenuaron esas garantías, hasta el punto de que se llega a la paradójica situación de que los derechos del contratista resultan menos garantizados que si los tuviera reconocidos en un acto administrativo unilateral, pues la modificación o extinción de éstos requerirá el proceso de lesividad, caso de ser anulables.

En realidad, la subsunción de la concesión en la figura del contrato administrativo responde al fenómeno, experimentado a lo largo del siglo XIX, según el cual se produjo una evolución en la concepción de la relación Poder público-individuo, que se manifestó en el paso del *status* al contrato (54), de manera que se pasa de la afirmación de la histórica supremacía del poder público —de las prerrogativas del poder público, de la *puissance public*— a una situación de igualdad entre los dos elementos, que se concretó en la teoría del contrato. En esta nueva figura del contrato administrativo (55) se subsume voluntariamente uno de los instrumentos tradicionales de la *puissance public*, la concesión, transformando la bilateralidad inherente a la figura —pues se trataba de una técnica para regular una actividad industrial o comercial de los particulares, y no de una potestad unilateral o un medio de coacción forzosa— en contractuali-

(52) A. GALLEGU ANABITARTE, «La acción concertada...», *op. cit.*, pág. 243.

(53) X. BENZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de service publics. Contribution a l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, París, 1999, pág. 335. GALLEGU ANABITARTE, por su parte, recuerda cómo en Alemania «las que en España se llaman concesiones de servicios públicos, se basan no en contratos sino en actos administrativos —con toda una serie de cláusulas y potestades que se reserva la Administración— entre otras cosas porque, creo, que la *mutabilidad* de esa relación jurídica sometida a una de las partes, es poco digna de recibir el nombre de contrato»: A. GALLEGU ANABITARTE, «La acción concertada...», *op. cit.*, pág. 243.

(54) Vid., al respecto, H. S. MAINE, *Las instituciones primitivas*, La España Moderna, Madrid.

(55) Vid. R. PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.

dad. Esta igualdad quedaba, no obstante, corregida o matizada en favor del poder público, que retenía amplios poderes moduladores del contrato administrativo y, muy especialmente, de la concesión, al identificar su objeto con una nueva noción, la de servicio público, lo que proporcionaba un título más de intervención que, además de insertarse en el seno de la concesión, modificando ésta sustancialmente, permitía la regulación indirecta de aquélla a través de los reglamentos del servicio.

Atenuada, pues, la diferenciación radical entre autorización y concesión, el único elemento que las separaría sería la institución del servicio público. Aparte de que este concepto nunca fue definido con claridad, el proceso de liberalización ha propiciado un intento de depuración del mismo en el que se ha intentado discriminar lo esencial de lo accesorio. Y, en este contexto, sería un sofisma pretender definir al servicio público en función de la concesión, y viceversa. Concesión y servicio público son dos instituciones de Derecho Administrativo funcional e históricamente diferentes. Desaparecido el servicio público, no se entiende por qué habría de hacerlo igualmente la concesión, sin necesidad de acudir entonces al eufemismo de la autorización de funcionamiento que conduce a consecuencias similares.

Quizás el mayor problema que diferenciaría a la concesión de la autorización sería el carácter unilateral de ésta. Si se admite a la concesión como un contrato, cuando no como un acto bilateral, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ consideran que «las autorizaciones de funcionamiento responden, en efecto, con carácter general al esquema de los actos-condición (concepto que perfiló León DUGUIT); son pues, títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor» (56).

Diversas son las consecuencias que se pueden extraer de esta caracterización. En primer lugar, como señalan esos mismos autores, «la autorización de funcionamiento, en cuanto título de constitución de un *status* complejo, adquiere así un relieve organizativo (...), hasta situarse en las mismas fronteras que separan el *genus* autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho» (57). Pero, en segundo lugar, también cabría sostener que la situación que crea la

(56) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., pág. 142.

(57) *Ibidem*.

autorización de funcionamiento, en cuanto acto-condición (58), sería la de una auténtica situación estatutaria (59).

IV. LA DIRECTIVA DE 2002: LA AUTORIZACIÓN GENERAL COMO TÍTULO HABILITANTE ÚNICO

El régimen que implantaba la Directiva de 1997 no alcanzó sus objetivos armonizadores porque el margen de actuación que dejaba a los Estados miembros era excesivamente amplio en un momento tan sensible del proceso liberalizador como es la transición misma del monopolio al libre mercado. Aquéllos, en efecto, no desaprovecharon la ocasión y, en muchos casos, sometieron a los nuevos operadores a unos regímenes de intervención tan intensos —a través de los denominados «títulos habilitantes»— que la situación resultante era cuando menos confusa desde el punto de vista del objetivo liberalizador.

La propia Comisión pronto fue consciente de ello y así lo denunció explícitamente en sus Informes sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones (60). El régimen de acceso es, en efecto, sumamente divergente entre los distintos países europeos (61), que comprenden desde regulaciones muy leves en

(58) «Las licencias quedan sometidas a intensos poderes revisores de las condiciones con arreglo a las cuales hayan sido otorgadas, lo que permite caracterizarlas como actos-condición que no agotan sus efectos con el inicio de la actividad que habilitan, sino que permiten a la Administración llevar a cabo un continuo control de la actividad que se desarrolla y que obligan a los titulares de las mismas a reajustarse a las modificaciones y cambios reglamentarios que puedan producirse»: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Licencias individuales. Comentario al artículo 16 LGT», en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (Coords. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, pág. 123.

(59) Según DE LA CRUZ FERRER, se terminaría por concebir y definir las autorizaciones de funcionamiento según los mismos criterios que para definir la situación estatutaria. Así, aquéllas serían «títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas aplicables en cada servicio, y cuyos derechos y obligaciones deben derivarse en cada momento de la normativa en vigor»: J. DE LA CRUZ FERRER, *Los títulos habilitantes para prestar servicios de telecomunicaciones*, Conferencias «Curso avanzado sobre aspectos jurídicos de las telecomunicaciones», Instituto de Fomento Empresarial (IFE), Madrid, febrero-marzo 1997, págs. 5 y 6, citado por P. LLANEZA GONZÁLEZ, *Telecomunicaciones. Régimen General y Evolución Normativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 135. Sostiene, igualmente, el carácter estatutario del vínculo entre la Administración y el beneficiario del título J. J. LAVILLA RUBIRA, «Autorizaciones generales. Comentario al artículo 11 LGT», en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)* (Coords. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO), Civitas, Madrid, 1999, págs. 89 y 90.

(60) Destacar, a este respecto, el Quinto Informe [COM (1999) 537, de 10 de noviembre de 1999, págs. 12 y 13], cuyos comentarios se reafirman en el Sexto Informe [COM (2000) 814, de 7 de diciembre de 2000].

(61) Vid. VV.AA., *International Telecommunications Law* (Ed. D. CAMPBELL), BNA International Inc., Londres, 1999.

las que los operadores tienen libre acceso al mercado sin formalidad alguna (Dinamarca), o se les requiere simplemente registrarse (Holanda) o notificar la intención de prestar servicios (Finlandia, Suecia), hasta aquellos casos en que la intervención pública en el momento del acceso es muy intensa. De hecho, contraviniendo el espíritu de la Directiva, se ha convertido a la licencia en la regla y a la autorización en la excepción. Más aún, la complejidad del sistema se multiplica por las numerosas categorías de licencias —en función de los diferentes servicios— creadas por los Estados miembros, que llevan consigo sus propios procedimientos, condiciones, tasas y cánones.

Para solucionar esta situación se ha aprobado la Directiva 2002/20, de 7 de marzo (62), relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que deberá ser transpuesta por los Estados miembros antes del 24 de julio de 2003. Los principales elementos de esta nueva Directiva —que se enmarca, evidentemente, en un proceso general de reforma del marco regulatorio de las telecomunicaciones (63)— son la existencia de un solo título habilitante (la autorización general), la aclaración de las distintas categorías de condiciones, la simplificación de procedimientos de otorgamiento y la reducción de cánones y tasas.

1. *La autorización general como «marco normativo»*

En primer lugar, la licencia individual desaparece y se prevé la autorización general como único título habilitante exigible. Ahora bien, como ahora veremos, los elementos irreducibles de intervención pública de la licencia pasan a integrarse en el seno de la renovada autorización general, que poco tiene que ver con su predecesora. Así, la Directiva define la autorización general como *«toda disposición de los Estados miembros que otorgue derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que establezca obligaciones específicas al sector que podrán aplicarse a todos o a determinados tipos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas»*. Ob-

(62) Directiva (2002/20/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) («DO» núm. L 108, de 24 de abril de 2002, pág. 21).

(63) El marco general lo establece la denominada, precisamente, Directiva marco: Directiva (2002/21/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Junto a ella se encuentran las Directivas específicas, que, además de la Directiva autorización, son la Directiva servicio universal y derechos de los usuarios, la Directiva acceso a las redes y la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad.

sérvase que se habla de «disposición», término que resulta un tanto ambiguo (art. 2.2). Aclaran su verdadero alcance las versiones en inglés (*legal framework*), francés (*cadre juridique*) o italiano (*quadro normativo*). De ello se podría llegar a deducir que la autorización general no se concibe ya como un acto administrativo, sino como un régimen jurídico general, una suerte de «estatuto» al que se encuentra sometido el operador. El acto administrativo desaparecería en la intencionalidad última del Legislador comunitario, quien, como ahora veremos, sólo prevé explícitamente la posibilidad de notificación. No obstante, la propia articulación implícita del sistema no impide ese acto singular, pero ya no a efectos de acceso al mercado en sí, sino para conceder derechos de uso de radiofrecuencias o números, del acceso a redes, o la imposición de obligaciones de servicio público.

Partiendo de la afirmación de la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, el nuevo sistema de la autorización general pretende que cualquier empresa podrá operar por el mero de hecho de cumplir con lo establecido con ese marco normativo, con la «disposición». Por ello, la Directiva remacha que «*se podrá exigir a la empresa afectada que presente una notificación, pero no exigir la obtención de una decisión explícita u otro acto administrativo de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos derivados de la autorización*» (art. 3.2). Pero es que, consciente de la práctica seguida por algunos Estados miembros de controlar el acceso a través de un trámite de notificación que constituía en realidad una resolución administrativa expresa (64), la Directiva especifi-

(64) España es, a este respecto, un caso paradigmático. Los interesados en prestar un determinado servicio o, en su caso, en establecer o explotar una determinada red de telecomunicaciones deberán notificarlo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, haciendo constar: *a)* los datos y documentos de identificación pertinentes; *b)* los datos del servicio que desean prestar o de la red que pretendan establecer o explotar, haciendo constar, como mínimo, el tipo de servicio, la red que soportaría el servicio y si dicha red es propia o no; *c)* la asunción formal de las condiciones que se establecen en la Orden Ministerial de Autorizaciones Generales y aquellas que sean aplicables. A continuación, la CMT practicará de oficio la inscripción de los datos del interesado y del servicio o red en el Registro Especial de Autorizaciones Generales en el plazo de veinticuatro días y, una vez realizada, lo pondrá en conocimiento del interesado para que pueda comenzar la prestación del servicio o las actividades conducentes al establecimiento o explotación de la red. Para MONTERO y BROKELMANN, «la combinación de la notificación con una inscripción registral de oficio por parte de la CMT, impone un régimen especialmente restrictivo que de algún modo atenta contra el espíritu de la Directiva, pues de hecho, la inscripción de oficio tras la comprobación de la notificación del interesado supone una decisión explícita por parte del organismo regulador nacional» (*Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 232). Según CARRASCO y CORDERO, el Legislador español «no puede vencer la tentación de someter el ejercicio del derecho a un trámite de inspección previa y singular. De donde resulta el complicado sistema de “asunción de compromisos”, “comprobación previa”, “inscripción previa” y “autorización”, a que se refieren los artículos 11 a 13 LGT» —«El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones»,

ca todos los aspectos formales y sustantivos de este trámite. Consistirá —reza el art. 3.3— en la declaración por parte de una persona física o jurídica a la autoridad nacional de reglamentación de su intención de iniciar el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, así como la entrega de la información mínima necesaria para que dicha autoridad pueda mantener un registro o una lista de operadores. El contenido de la información también se detalla para evitar algunos abusos actuales: deberá limitarse a lo necesario para la identificación del proveedor (números de registro de la empresa, personas de contacto, domicilio), una breve descripción de la red o servicio que suministrará, así como la fecha prevista para el inicio de la actividad.

También se limitan cuantitativamente las condiciones que pueden imponerse a los titulares de las autorizaciones. Además, pretende clarificarse el complejo entramado normativo en el que se sitúan los títulos habilitantes, al establecer que la autorización general debe contener únicamente aquellas condiciones que sean específicas de las comunicaciones electrónicas, sin repetir condiciones que ya sean aplicables a las empresas en virtud de otra legislación nacional. Todas las demás, derivadas de la Directiva de acceso (65) o de la Directiva de servicio universal (66), se consideran jurídicamente independientes de los derechos y obligaciones derivados de la autorización general. A pesar de este voluntarismo de la Directiva autorización, el operador se encuentra sometido, en definitiva, a un entramado jurídico independientemente de que el conjunto de derechos y obligaciones venga establecido en distintas fuentes. En esta línea de clarificación, como el título para el uso de radiofrecuencias o números es diferente de la autorización, la concesión de dicho uso no repetirá las condiciones de la autorización general (art. 6).

en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* (Dir. A. ARPÓN DE MENDÍVIL y A. CARRASCO), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 308—. Bien mirado, en realidad lo que ocurre es que la resolución expresa es precisamente esa inscripción y la notificación, por tanto, se traduce en la petición del interesado en obtener la autorización, la cual puede revestir la forma de un acto expreso (inscripción) o presunto, articulación que sí estaría en perfecta armonía con la Directiva comunitaria, pero que, como denuncia SALA ARQUER, no resulta técnicamente muy correcto que la inscripción sea, en realidad, el acto de autorización, pues «una cosa es que la autorización general sea “reglada y automática”, y otra que esa automaticidad lleve a la desaparición del acuerdo de autorización, como algo diferenciado de la inscripción» (*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Universidad de Burgos/Civitas, Madrid, 2000, pág. 35).

(65) Artículos 6 y 8.

(66) Artículos 16, 17, 18 y 19.

2. *Derechos de uso de radiofrecuencias y números*

A pesar de la obligación para los Estados miembros de abstenerse de subordinar el uso de radiofrecuencias a la concesión de derechos individuales de uso (incluyendo, en cambio, sus condiciones de uso en la autorización general), la nueva Directiva no puede sino admitir la necesidad de conceder tales derechos en caso de limitación de su número o para garantizar un uso eficiente de las radiofrecuencias. Su otorgamiento deberá hacerse sobre la base de unos criterios de selección que deberán ser objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

Por otra parte, la Directiva permite a los Estados miembros la verificación —previa al otorgamiento de los derechos de uso— de que el solicitante se encuentra en condiciones de observar las condiciones relacionadas con tales derechos y, a tal fin, exigir la presentación de la información necesaria para probar su capacidad (por ejemplo, financiera, técnica y de gestión) de respetar sus obligaciones.

También recoge la Directiva autorización (art. 5.2) la posibilidad de que los Estados, cuando otorguen derechos de uso, especifiquen asimismo si se pueden ceder estos derechos a iniciativa de su titular y en qué condiciones. En realidad, el régimen de estas cesiones viene regulado en el artículo 9 de la Directiva marco. En efecto, conforme al mismo, los Estados pueden autorizar que las empresas transfieran derechos de uso de radiofrecuencias a otras empresas. La cesión deberá ser notificada a la autoridad nacional de reglamentación responsable de la asignación de frecuencias, que establecerá previamente el procedimiento a seguir, y hacerse pública.

3. *Obligación de información y potestades administrativas*

En lo que respecta a la obligación de información, la Directiva (art. 11) pretende evitar las numerosas distorsiones que causaba un régimen en ocasiones desproporcionado, tanto para las empresas como para las autoridades nacionales. De ahí que restrinja el alcance de esta obligación no sólo en su contenido (que deberá justificarse objetivamente y limitarse a lo estrictamente necesario), sino también en sus consecuencias (hasta el punto de que la aportación de información no puede ser un requisito de acceso al mercado) y periodicidad (no será necesario exigir de manera sistemática y regular una prueba del cumplimiento de todas las condiciones asociadas a la autorización general o a los derechos de uso).

Sobre las potestades administrativas que pueden ejercer las autoridades nacionales, la Directiva regula cuidadosamente la imposición de sanciones (art. 10) y la modificación de las autorizaciones. En primer lugar, la Directiva pretende establecer un régimen sancionador más proporcionado, impidiendo la práctica de algunas autoridades nacionales que utilizaban la suspensión o revocación de la autorización como espada de Damocles permanente sobre los operadores en caso de incumplimiento de una o más de las condiciones de las autorizaciones y licencias. Dicha sanción queda delimitada como último recurso para el caso de violaciones graves y repetidas. Su carácter subsidiario se afirma en favor de las sanciones económicas, cuyo uso se quiere privilegiar. Desde el punto de vista procedimental, cuando la autoridad nacional considere que existe un incumplimiento de las obligaciones por parte de una empresa, se lo notificará convenientemente y le dará una oportunidad razonable de manifestar su opinión o de subsanar los posibles incumplimientos en un plazo determinado (un mes o incluso menos, si hay acuerdo entre ambos, o unilateralmente si se trata de repetidos incumplimientos).

La Directiva también permite que los Estados prevean la modificación de las autorizaciones generales y de los derechos de uso, pero quiere regular el ejercicio de esta potestad discrecional ya en sede comunitario con dos exigencias: una sustantiva y otra formal. La primera hace referencia a la necesidad de que la modificación tenga lugar en casos objetivamente justificados y de manera proporcionada. La segunda obliga a que la intención de modificación se notifique a las partes interesadas (incluyendo no sólo a las empresas, sino también a los consumidores y usuarios), quienes dispondrán de un plazo suficiente (no inferior a cuatro semanas) para manifestar sus puntos de vista (art. 14). Como puede apreciarse, el margen de apreciación de los Estados en la regulación y de las autoridades de aplicación de esta capacidad modificadora sigue siendo bastante amplio.

4. *Tasas y cánones*

Prueba de que la concepción que tiene la Directiva de la nueva autorización general no exigiría un pronunciamiento administrativo expreso es el hecho de que considera que con este sistema ya no será posible asignar los costes administrativos, esto es, las tasas, a las empresas, excepto en lo relativo a la autorización de derechos de uso de números, frecuencias de radio y derechos de instalar recursos. En realidad, el problema no radicaba tanto en las tasas administrativas,

sino —como hemos visto— en los cánones por el uso de radiofrecuencias y números. Su monto no será discriminatorio, deberá ser transparente y proporcionado al fin previsto y justificado objetivamente. Más expresiva es la Exposición de Motivos de la Directiva, cuando señala —a la luz de la lamentable experiencia sufrida con las licencias de tercera generación— que no deben obstaculizar el desarrollo de los servicios innovadores ni de la competencia en el mercado. No prejuzga, tampoco, los fines a los que se destinen dichos cánones, pero sí que advierte que, en caso de procedimientos de selección comparativa o competitiva, si los cánones consisten en un importe a tanto alzado, las modalidades de pago deberán asegurar que en la práctica dichos cánones no conducen a una selección sobre la base de criterios no relacionados con el objetivo de garantizar el uso óptimo de las radiofrecuencias. Lástima que esta previsión no haya pasado el umbral del Considerando 32 y no se haya incorporado al artículo 13 de la Directiva, aunque la admonición sin duda será tenida en cuenta en el futuro a la vista de las consecuencias catastróficas que para el sector ha tenido la carrera billonaria por la adquisición de títulos en Europa.

En conclusión, se ha pretendido eliminar la licencia individual, pero sus elementos (régimen jurídico, supuestos, etc.) se han dispersado a lo largo del régimen jurídico de las telecomunicaciones. Desaparece, pues, la licencia individual en cuanto título jurídico, pero la intensa intervención administrativa que aquélla aglutinaba se articula ahora a través de otros títulos: autorización administrativa, derechos de uso de radiofrecuencias y números, acceso al dominio público o privado, o control del cumplimiento de obligaciones de servicio público. Al igual que los problemas de tráfico en las grandes ciudades, se eliminan los obstáculos lejanos a las urbes para permitir el acceso lo más libre y rápidamente posible. Ahora bien, una vez en el interior, el conductor (operador) descubre que en muchos casos lo único que ha conseguido es desplazar el obstáculo que causa el atasco tan sólo unos kilómetros más adentro.

JURISPRUDENCIA