

Regulació i intervenció en el sector de les empreses concessionàries d'infraestructures públiques.

Sumari

1.- Hipòtesi inicial i objecte de la investigació.

2.- Objectius i resultats obtinguts:

a) Estudi de la naturalesa de les empreses concessionàries d'infraestructures: les empreses concessionàries com "empreses especials".

b) Estudi del fonament de l'intervenció de les Administracions públiques: és legítim defensar els interessos públics en els sectors estratègics.

c) Anàlisi dels instruments d'intervenció amb fins de control a empreses concessionàries: definició dels règims especials de control.

d) Anàlisi de la regulació de les autopistes: característiques i límits.

e) Examen dels subjectes institucionals competents: la necessitat d'instituir un regulador sectorial.

f) Relacions entre intervenció administrativa i dret de la competència: la seguretat pública i les normes prudencials constitueixen títols habilitants de les potestats de control.

g) Anàlisi del sistema català d'autopistes: no existeix un model normatiu propi.

1.- Hipòtesi inicial i objecte de la investigació.

El procés d'integració europea ha suposat una transformació progressiva del dret administratiu clàssic com a instrument d'intervenció sobre sectors estratègics i serveis de titularitat pública. En l'actualitat cal combinar la necessària garantia dels interessos generals amb les llibertats comunitàries de lliure circulació de capitals i de llibertat d'establiment d'empreses. Així, un dels camps on aquesta transformació tindrà una major repercussió serà el de les infraestructures de titularitat pública. La titularitat pública no implica sempre la gestió directa de les mateixes, de manera que apareix regulada la figura del concessionari gestor d'infraestructures públiques.

L'Administració encarrega al sector privat l'execució i la gestió d'autopistes (en el nostre cas) a canvi d'un dret d'explotació mitjançant el cobrament d'una tarifa. Aquest és el context normatiu que presideix l'aprovació de la Llei 8/1972, de 10 de maig, d'autopistes. Un dels concessionaris més rellevants del sector és l'empresa ABERTIS que com empresa privada emprèn operacions societàries intracomunitàries com la projectada fusió amb la italiana AUTOSTRADE (avui ATLANTIA). L'objecte d'estudi serà, en general, el marc legal i regulatori de les concessions d'autopistes i, en especial, les potestats públiques d'intervenció amb fins de control en el supòsit de concentracions intracomunitàries en les que es vegi involucrada una empresa concessionària d'autopistes. Per portar a terme aquest objectiu s'ha analitzat el cas ABERTIS/AUTOSTRADE que representa un autèntic *leading case* en aquesta matèria. El anàlisi del caso ha posat de manifest l'entrecreuament entre dret nacional, autonòmic i dret comunitari així com entre lliure competència i potestat administrativa d'intervenció en el sector de les infraestructures.

2.- Objectius i resultats obtinguts.

A continuació es detallaran els principals objectius de l'investigació i els corresponents resultats analítics.

a) Estudi de la naturalesa de les empreses concessionàries d'infraestructures: les empreses concessionàries com “empreses especials”.

Tradicionalment, les empreses adjudicatàries de concessions administratives per la gestió d'infraestructures han tingut una relació privilegiada amb l'Administració. En la Llei 8/1972, de 10 de maig, existia tant la figura del delegat del govern com el fet mateix que s'havia de crear una personificació mercantil per cada adjudicació. L'empresa era doncs un instrument de l'acció pública.

Tot i que aquests darrers aspectes han estat reformats, avui en dia podem continuar parlant de les societats concessionàries com **empreses especials**. Al tractar-se de monopolis naturals, les autopistes, per definició s'otorguen en règim d'exclusivitat. Si a aquest règim d'exclusivitat hi afegim la possibilitat de compensar les pèrdues d'explotació, resulta que les empreses privades concessionàries de contractes d'explotació d'autopistes queden subjectes a la Llei 4/2007 en allò que fa referència a la transparència i la necessitat d'elaborar comptes separats respecte de la potencial compensació per gestionar el servei d'interès econòmic. En realitat però, s'en fa una aplicació més aviat escassa o fins i tot s'inaplica de manera grollera.

A més, cal destacar com perduren certs aspectes que fan pensar que les empreses concessionàries no són simples empreses privades. En primer lloc, els contractes poden preveure un accés privilegiat al finançament o als avals o fins i tot una aportació pública per realitzar l'obra. En segon lloc, en les concessions d'obra, el constructor té dret a cobrar mitjançant l'explotació econòmica d'allò que ha construït. La tarifa i la duració de la concessió en aquest segon cas suposen elements crucials per determinar la remuneració del concessionari.

Les clàusules contractuals de les concessions d'autopistes es basen en el principi de l'equilibri econòmic-financer de l'explotació. L'Administració assegura a l'inversor privat que no correrà el risc empresarial ordinari. En aquest sentit doncs, l'empresa concessionària d'autopistes no pertany al món privat sino al públic. On no hi ha risc econòmic, **el gestor esdevé quasi-públic**. En definitiva, tant el règim econòmic (equilibri financer amb garantia pública) com l'objecte social (explotació d'un servei públic o d'una infraestructura d'interès general),

situen als concessionaris en una posició singular. **No són Administració pública però tampoc són societats mercantils ordinàries. Es tracta d'un tertium genus peculiar.**

Finalment, també cal tenir en compte que en molts casos, l'empresa adjudicatària de l'obra continua fent la gestió de la infraestructura un cop acabat el període previst d'amortització. En aquest sentit, no és inusual trobar concessions d'autopistes que es transformen de contractes d'obra a contractes de gestió d'un servei sense solució de continuïtat (amb els problemes de vulneració dels principis bàsics de la contractació pública que això pot implicar).

En definitiva, **l'Administració utilitza la concessió més com un mitjà de regulació que no pas com un contracte d'obra i gestió de la infraestructura.** És significatiu que la nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre reintrodueixi un poder d'intervenció administrativa sobre les operacions de fusions que afectin empreses adjudicatàries (ex. art. 246.5), el que reforça la idea que el concessionari té una relació *intuitu personae* amb l'Administració concedent.

b) Estudi del fonament de l'intervenció de les Administraciones públiques: és legítim defensar els interessos públics en els mercats estratègics.

El dret comunitari no prejutja el règim de propietat de les empreses (art. 295) ni el mode de gestió dels serveis d'interès general. En aquest sentit, els Estat són lliures per definir el règim legal dels seus serveis públics. A més, la missió de servei públic pot justificar l'existència de drets exclusius o especials, així com determinar l'existència de mesures de compensació, però, aquest règim especial no ha de dependre del caràcter patrimonial de les entitats implicades (art. 86.2 TCE).

Un cop dit això, ningú pot dubtar que els poders públics tenen una posició vigilant en els sectors estratègics (concessionals o no), és a dir, aquells àmbits en els que es satisfan les necessitats essencials de les persones i de la comunitat i s'assegura la cohesió social. Els grans serveis econòmics d'interès general prestats mitjançant xarxes, tals com energia, telecomunicacions i transports, són clars exemples de sectors estratègics. D'acord amb el que hem dit, en la concessió d'autopistes es produeix una transferència del risc entre l'Administració i l'adjudicatari de manera que els contractes assegurin els mecanismes de recuperació de la inversió per part del privat. A més, no existeix propiament competència en preus doncs

la tarifa la fixa l'Administració i l'explotació es concedeix en règim d'exclusivitat (diferència entre competència en el mercat i pel mercat).

Les concessions (tant les ja adjudicades com les que ho ha de ser en el futur), queden subjectes a les llibertats d'establiment i de lliure circulació. La fusió entre dues empreses concessionàries de l'explotació d'una infraestructura és una operació econòmica examinable sota l'òptica del gir econòmic. És contrari al dret comunitari tant una discriminació per raó de nacionalitat (tracte en condicions de desigualtat), com l'imposició de condicions que no siguin proporcionades a la finalitat que persegueixen. Les úniques modulacions al principi general poden fonamentar-se en, o bé, no es tracta pròpiament d'una concessió doncs no hi ha transferència del risc de l'explotació (estariem davant un contracte amb pagament diferit en el temps) o bé es tracta de la concessió d'una activitat dins l'esfera del que es considera poder públic (per exemple defensa o justícia).

El fet que l'Administració pública mantingui el control de les activitats transferides i disposi dels mitjans per a garantir la protecció dels seus interessos (tant accions privilegiades com potestats exorbitants de direcció), no semblaria que pugui justificar, segons les instàncies comunitàries, una excepció al tractament general de la lliure circulació. Tot i això, la inclusió de les empreses concessionàries dins de l'esfera del poder públic és, de fet, l'argumentació que fonamentarà les resolucions judicials i administratives italianes que reconeixen una potestat pública de control.

En conclusió, la prestació d'un servei econòmic estratègic com el de transport prestat per unes empreses especials com les concessionàries d'autopistes, suposa tractar les qüestions relatives a l'intervenció pública en tals empreses, a la regulació del sector i al paper de les corresponents autoritats de regulació.

c) Anàlisi dels instruments d'intervenció amb fins de control en empreses concessionàries: definició dels règims especials de control.

L'alienació total o d'un percentatge de control de les participacions públiques al capital d'una empresa que proporciona un servei públic genera un problema que amb anterioritat a la privatització estava cobert per la presència de l'accionista públic: com defensar els interessos públics

o generals inherents als sectors d'activitat de les empreses que no desapareixen per la devolució o introducció de l'empresa al mercat o, en altres paraules, com recompondre, al mercat, la descomposició dels interessos públics i dels interessos privat.

Abans de la privatització, els assumptes relatius a la gestió empresarial i la garantia dels interessos públics trobaven una solució unitària dins de l'entitat en virtut de la titularitat pública. Després del fenomen privatitzador, en canvi, es produeix la fragmentació dels interessos i l'aparició d'una sèrie de titulars autònoms dels mateixos: els Governos titulars de la política econòmica i industrial i del marc general de llibertats i garanties; els accionistes titulars de l'empresa i els seus legítims interessos per la creació de riquesa; el mercat i la seva funció de distribució dels recursos; les autoritats de regulació (segons els sectors i si n'existeixen) que han d'assegurar els interessos dels *stakeholders* i la vigilància sobre el compliment de les regles, amb independència dels interessos privats i dels interessos polítics.

En aquest context, s'entén la preocupació de l'Estat per buscar les eines jurídiques per garantir els interessos generals després de la pèrdua del control de les empreses privatitzades. Per no sobrecarregar la regulació, que en tot cas constitueix la via principal per a la construcció d'un marc equilibrat de prestació de serveis públics, les pròpies normatives d'alienació o posteriors lleis específiques introdueixen mecanismes de garantia dels interessos públics. Els esmentats mecanismes per a les empreses operants en sectors estratègics es tradueixen en drets i poders de control sobre la gestió i el govern de l'accionariat empresarial.

L'ordenament que primer ha experimentat aquestes prerrogatives extraordinàries va ser el britànic durant les privatitzacions dels anys 80'. El suport jurídic era una *special right redeemable preference share*, més coneguda com a "*golden share*", una peculiar acció de titularitat governamental, dotada d'una estructura jurídica flexible i que es regeix pel dret mercantil; la seva possessió, segons els casos, podria atorgar drets inherents:

- (1) el consell d'administració de l'empresa, assegurant per exemple la nacionalitat dels seus membres,
- (2) el govern de l'accionariat, mitjançant la imposició de límits màxims de possessió i l'autorització de l'autoritat en els supòsits que se superin els límits establerts,

- (3) el control de decisions societàries rellevants, per exemple les operacions de fusió i escissió,
- (4) la participació, mitjançant el nomenament d'un administrador. La golden share anglesa es va transformar en un model que va ser trasplantat amb més o menys fidelitat a l'original en molts altres ordenaments.

En realitat, diverses vegades, la introducció de mecanismes de control s'ha allunyat molt del sistema de la *golden share*, tant a Itàlia com, Espanya, on en sentit estrictament tècnic, mai va haver-hi una acció que atribuís drets exorbitants sinó, respectivament, unes clàusules estatutàries que assignaven “poteri special” a l'autoritat pública, o un règim d'autorització administrativa prèvia. Fora qual fos la configuració d'aquests mecanismes, tots persegueixen defensar l'interès nacional i evitar disfuncions de *governance* de l'empresa concessionària o prestadora de servei públic, i la locució “acció d'or” (en sentit ampli) acaba descrivint al genus.

A Itàlia, la llei 474/1994 sobre els “poders especials”, incloïa els transports entre els sectors estratègics i atorgava al govern la facultat de determinar en quales empreses, prèviament a la seva privatització, haguessin hagut d'introduir-se les accions d'or (rectius les clàusules que atribuïen poteri special). Malgrat que el Govern no seguís el procediment de la Llei 474 i no sotmetés Autostrade al règim dels poders especials, cal destacar que en l'ordenament italià, els interessos públics ja rebien tutela mitjançant dos instruments: en primer lloc, el conveni, celebrat entre concedent i concessionari, accessori i regulador de relació originada per la concessió d'autopistes. En segon lloc, existia també una norma (anterior, per poc, a la llei 474/1994), continguda en l'art. 3.5 del D.Lgs 143/1994, que atorgava un “poder especial” a l'Administració justament en el sector de les autopistes: la potestat d'aprovació del conveni per part del Ministre competent. Es tracta d'una potestat diferent de la del règim d'oposició previst per la normativa general en matèria de concessió d'obres públiques.

En efecte, el control que exerceix l'autoritat competent es dirigeix a comprovar que l'activitat comercial portada a terme per les parts és conforme als interessos públics. Donada aquesta finalitat, el Consell d'Estat italià ha entès interpretar l'esmentada norma en el sentit que també la modificació (indirecta) del concessionari arran d'una fusió, com en el cas de l'operació Abertis-Autostrade, quedava sotmesa a control públic, per prevenir alteracions de la relació concessional i, per tant, una situació de risc per als corresponents interessos públics.

En definitiva, el Consell d'Estat ha considerat existent en l'ordenament, un poder especial implícit, en virtut del qual, l'empresa concessionària d'autopistes, abans de realitzar una operació de concentració, ha de sol·licitar l'autorització del Ministre d'Infraestructures que portarà a terme un control sobre els efectes de la fusió, no des del punt de vista del dret de la competència – què és propi de la Comissió europea – sinó de compatibilitat dels esdeveniments que afecten al concessionari en relació amb el compliment de les obligacions i dels interessos públics immanents a la gestió de les autopistes en seguretat. Aquesta forma del control de les mutacions subjectives del concessionari d'autopistes ha trobat, primer, el suport del Tribunal contenciós administratiu, després, el (sorprenent) favor de la Comissió europea. L'epíleg del cas Abertis-Autostrade demostra que els Estats poden mantenir un control sobre les empreses d'interès econòmic general i en els sectors estratègics, no només *ex post facto*, per exemple, amb un procediment d'oposició, sinó també mitjançant un règim d'autorització administrativa.

No obstant això el dret europeu ha influït i segueix influïnt molt en aquest règim de control. Es tracta d'un dels factors decisius en el procés d'evolució que va de l'Estat administratiu intervencionista a la creació (encara inacabada) d'un dret administratiu de l'economia de mercat. Els controls públics, realment no importa si a priori o a posteriori, seran admissibles si es fonamenten en motius imperiosos i demostrables d'interès general i si l'exercici dels mateixos respon a un procediment predeterminat amb totes les garanties d'objectivitat, per portar a terme un examen de les capacitats tècniques, patrimonials i financeres de les empreses sotmeses a control. Per tant, els poders de control conformes al dret comunitari suposen una reducció de la discrecionalitat administrativa i un important esforç regulador, en el sentit de la creació de noves entitats rectores dels mercats i de definició dels requisits i criteris del control.

La normativa italiana en vigor considera els transports, les telecomunicacions, l'energia i la defensa com sectors vitals per als interessos de l'Estat i per aquesta raó els poders públics intervenen, d'una banda, arran de la llei 474/1994 en la seva versió reformada per la llei 350/2003, amb sengles "*poteri speciali*" a TELECOM ITALIA, ENI, ENEL i FINMECCANICA; per una altra, en AUTOSTRADE, en virtut del poder igualment especial previst pel D.Lgs. 143/1994. El corpus normatiu citat descriu un sistema de golden share que articula, en el seu conjunt, els següents mecanismes:

- a) Oposició a l'adquisició de participacions rellevants, en un termini de deu dies (art.4.227.a de la Llei 350/2003);
- b) Oposició a la conclusions de pactes parasocials que representin a una fracció rellevant del capital social, en un termini de deu dies (art.4.227.b de la Llei 350/2003);
- c) Veto, degudament motivat en relació amb el concret perjudici provocat als interessos vitals de l'Estat, a l'adopció d'acords de dissolució, de transferència, de fusió, d'escissió, de mutació de l'objecte social (art.4.227.b de la Llei 350/2003);
- d) Nomenament d'un administrador sense dret de vot pel Ministre d'Economia (art.4.227.d de la Llei 350/2003). La ràtio de la norma és garantir una vigilància efectiva sobre la gestió, des de l'interior de les empreses operants en sectors estratègics. L'administrador, compleix amb aquesta funció d'assegurar el control instrumental a la salvaguarda dels interessos públics. En qualsevol cas, l'administrador hauria d'actuar tan sol com a instrument de "connexió" entre l'òrgan administratiu de l'empresa que porta a terme la seva gestió i el Ministeri d'Economia, és a dir el lloc en el qual s'avalua la gestió en funció dels interessos públics. Es tracta d'una solució híbrida, diferent, almenys des d'un punt de vista estructural, a la dels antics delegats del Banc d'Itàlia, que no integraven els òrgans socials o a la del delegat del Govern previst per l'antiga normativa espanyola en matèria d'autopistes. No obstant això, segueix sent una solució interessant, si es pensa que en el desenvolupament del procediment d'autorització, Autostrade i ASPI van oferir a les autoritats competents la possibilitat d'obrir la governance de ASPI a representants del Govern italià;
- e) Oposició "extraordinària", que podrà exercir-se fora del termini previst per a l'oposició "ordinària", si apareguessin motius sobrevinguts d'interès públic dins dels deu dies» (art. 4.228 de la Llei 350/2003);
- f) Aprovació dels convenis que regulen les concessions d'autopistes (art. 3.5 del D.Lgs. 143/1994);
- g) Autorització de la modificacions del concessionari d'autopistes procedents d'operacions de concentració comunitària (implícita en l'art. 3.5 del D.Lgs. 143/1994);
- h) Per tancar el sistema dels instruments especials finalitzats a la garantia dels interessos públics en els sectors estratègics, cal contemplar un nou instrument que es va introduir per la Llei 266/2005 (art. 1, apts. 381º-384º), preveient la derogació, futura però no executada, dels *poteri speciali* i que, per tant, conviu de manera oculta amb la golden share: la *poison pill* (píndola enverinada) en les empreses en les quals l'Estat detingui una

participació rellevant. La *poison pill* persegueix amb altres mitjans finalitats anàlogues a l'acció d'or; concretament, en cas d'OPA ostil, permet acordar un augment de capital a través del qual l'accionista públic pot augmentar la seva quota de capital i detenir l'adquisició no desitjada. Estableix la primés part de l'art. 1.381º:

«Al fine di favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario, gli statuti delle società nelle quali lo Stato detenga una partecipazione rilevante possono prevedere l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile, ovvero creare categorie di azioni, ai sensi dell'articolo 2348 del codice civile, anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti, che attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto».

Finalment, caldria sols reiterar que el factor crític dels controls estratègics no resideix tant en els instruments utilitzats sinó l'exercici dels mateixos. En efecte, la Comissió europea ha tornat a interposar, el 13 de juliol de 2007 (assumpte C-326/07), un recurs per incompliment contra els poders especials d'oposició i veto degut a la suposada falta de concreció i precisió dels criteris, però pocs dies després, el 18 de juliol, ha expressat el placet sobre l'autorització prèvia a la qual han de sotmetre's la modificacions del concessionari d'autopistes després de conèixer la regulació dels criteris i del procediment d'autorització (IP/07/1119). A més tampoc convé a Europa rebutjar del tot els controls especials, no s'oblidi que el 22 de juliol de 2007, els comissaris europeus Mandelson i Verheugen, respectivament de comerç i indústria, consideren positivament la proposta de Sarkozy i Merkel de crear una golden share europea per protegir EADS i altres empreses estratègiques dels "sovereign funds" controlats per governs de països extracomunitaris i que es mouen, a vegades, per fosques estratègiques polítiques: «Aquest instrument [la golden share] podria respondre a l'objectiu de mantenir el control de les indústries estratègiques i políticament sensibles».

d) Anàlisi de la regulació de les autopistes: característiques i límits.

Podem distingir l'intervenció mitjançant eines societàries i extra-societàries en les empreses, de l'intervenció portada a terme mitjançant la regulació dels actors econòmics, és a dir, del conjunt d'activitats de control, supervisió, guia, registre, arbitratge, determinació de tarifes, de qualitat i eficiència dels serveis i d'accés als mateixos. Al mateix temps, dins d'aquesta regulació administrativa es pot diferenciar entre aquella que realitzen les autoritats públiques tradicionals del model de independent regulatory agencies. La regulació és una fórmula d'intervenció que integra al mercat però que no es col·loca fora del mateix.¹

El sistema administratiu espanyol presenta una regulació sectorial més aviat escassa, basant-se fortament en la legislació general de contractació pública. En aquest sentit, cal dir que la reforma operada per la Llei 30/2007, de 30 d'octubre de Contractes del Sector Públic, reintrodueix la potestat administrativa d'autoritzar la fusió entre empreses adjudicatàries de contractes d'obres (ex art. 246).

La regulació de les autopistes ha de desenvolupar-se necessàriament a partir de la circumstància de que no hi ha pròpiament un mercat sino un sistema de concessions que articulen no sols les relacions entre Administració i empreses, al igual que la relació amb els usuaris (tarifa). En aquest sentit, la concessió condensa en ella mateixa y materialitza l'instrument regulador del sector.

A Itàlia, la relació concessional es compon de dos actes: un de dret públic, la concessió; un altre de dret privat, el conveni (la convenzione). Mentre que el primer conté les determinacions dels aspectes relatius als interessos públics inherents a l'activitat i als bens objecte de la concessió, el segon es un contracte de naturalesa accessòria que regula les qüestions econòmiques de la concessió i per la seva naturalesa és la font de les obligacions lliurement acceptades pel concessionari. El contingut essencial del conveni és el següent:

1.- objecte

¹ CASSESE, S. "Regolazione e concorrenza" a TESAURO, G. - D'ALBERTI, M. Regolazione e Concorrenza. Il Mulino. Bologna 2000, p. 12.

- 2.- obligacions del concessionari
- 3.- facultats del concessionari
- 4.- balanç i participacions
- 5.- tarifes i procediments d'actualització de les mateixes
- 6.- pla financer
- 7.- canon de concessió i subconcessió
- 8.- projectes i terminis
- 9.- expropiacions
- 10.- règim de les obres i dels subministres
- 11.- relacions intragrup
- 12.- verificacions i comprovacions
- 13.- vigilància del concedent
- 14.- duració de la concessió
- 15.- decadència de la concessió
- 16.- relacions entre concessionari sortint i entrant

A més, el sistema tarifari italià és del tipus *price cap*, no obstant això, com explica Ragazzi en la seva recent monografia "I signori delle autostrade", «queda molt lluny de l'aplicació de tal model de regulació. Mentre es regulen les variacions tarifàries no s'ha pensat a determinar els nivells òptims de les tarifes des del principi [...]; no s'especifica que l'objectiu de la regulació és el de determinar a una remuneració "òptima" del capital net invertit, ni que s'han de tornar la rendibilitat a un nivell determinat al final de cada cinc anys (claw back dels ingressos), aspecte que en canvi caracteritza la regulació a través de *price cap*.

Assignar el "risc de circulació" als concessionaris a més no introdueix cap incentiu per a l'eficiència, sinó que s'ha trasformat en una font de "extrabeneficis" degut a les prudentíssimes previsions dels plans financers. És evident que la nova regulació tarifària ha estat pensada principalment, si no exclusivament, al fi de maximitzar els ingressos per la privatització de Autostrade [...]. La fórmula és imprecisa quant als criteris per a la determinació del paràmetre X, obrint la porta a una elevat grau d'arbitrarietat i a "negociacions" periòdiques entre ANAS i cadascuna de les concessionàries. La remuneració de les qualitats, que no té igual ni a França ni a Espanya, sembla "fantasiosa" i genera increments tarifaris sense correspondència en els costos sostinguts per obtenir millores qualitatives».

e) Examen dels subjectes institucionals competents: la necessitat d'instituir un regulador sectorial.

La qüestió de la regulació porta al problema de les autoritats reguladores. La institució d'un regulador del sector de les infraestructures estratègiques de transport constitueix una assignatura pendent de l'ordenament espanyol, però també de l'italià que té una peculiar articulació institucional.

La raó general d'una Administració independent rectora d'un mercat, és evitar o reduir les interferències polítiques en la realització de l'activitat de regulació o supervisió, perquè l'esmentada activitat pugui desplegar-se d'acord amb els interessos generals sota condicions de neutralitat. En especial, la circumstància que les relacions entre les entitats concessionàries d'autopistes i les autoritats públiques concedentes s'hagin caracteritzat sempre per un desequilibri a favor de les primeres, segons la coneguda teoria de la "captura del regulador pel regulat", fa encara més necessària la creació d'un regulador sectorial per assegurar el control dels costos de les infraestructures de transports (realització i manteniment), el respecte dels estàndards de qualitat en la prestació del servei, la tutela dels usuaris contra les rendes monopolístiques, el control de les concessions, etc.

A Itàlia, intervenen en la regulació de les autopistes diversos ens i òrgans: el Ministeri d'Infraestructures i el d'Economia, el Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE), el Nucleo di Attuazione e Regolazione de Servizi di Utilità Pubblica (NARS) i la Azienda Nazionale Autònoma delle Strade (ANAS SpA).

Especial interès té la ANAS, que d'entitat pública va ser transformada en societat anònima en 2002, el seu accionista únic és el Ministeri d'Economia però el seu referent polític-institucional és el Ministeri d'Infraestructures que exerceix sobre ANAS funcions de direcció, control i vigilància tècnico-operativa. Aquesta societat anònima gestiona directament 25.000 km de carreteres dels quals 1.300 són autopistes, però a la vegada és la concedent-supervisora de gairebé 6.000 km d'autopistes gestionades per empreses concessionàries privades o entitats locals. Les tarifes de peatge vénen determinades pel CIPE, però la seva proposició correspon a ANAS.

Per aquestes raons, aquesta entitat té una doble naturalesa, com si es tractés d'un Jano bifront, doncs és al mateix temps subjecte regulador i regulat. La llei 296/2006 intenta limitar, mitjançant mesures de dubtosa eficàcia, aquesta situació, separant les competències pròpiament

operatives, dirigides a la realització d'infraestructures de transport, de les competències de regulació i control. Per al desenvolupament d'aquestes últimes es preveu la possibilitat de constituir una societat anònima, integralment participada pel Ministeri d'Economia, sota les directrius del Ministeri d'Infraestructures, que actuï amb autonomia i independència organitzativa, comptable i administrativa per portar a terme el control i la vigilància de les empreses concessionàries. De moment, aquesta nova societat no ha estat constituïda, mentre persisteixen totes les polèmiques per l'activitat de ANAS. Així que en absència d'un regulador de sector, el NARS, òrgan tècnic adscrit al CIPE, ha acabat, mitjançant els seus informes i recomanacions, per desenvolupar una funció de regulador-ombra.

Suscita perplexitat que es perseveri en la línia que manté un destacat imprimatur polític en les decisions reguladores de les infraestructures de transport i no s'opti per la creació d'una autoritat reguladora independent, és a dir, per un nou tipus d'organisme públic que aplic les "regles del joc" pròpies de la regulació i diferents del vell dret administratiu.

f) Relacions entre intervenció administrativa i dret de la competència: la seguretat pública i les normes prudencials constitueixen títols habilitants de les potestats de control.

Les qüestions analitzades posen de manifest que una operació de concentració d'empreses de dimensió comunitària que afecti les empreses concessionàries d'autopistes no pot considerar-se sols des de la perspectiva del dret de la competència, sino que planteja importants qüestions relatives a interessos públics propis del sector, llur tutela s'encomana a les administracions nacionals competents. En efecte, l'art. 21 del Reglament 139/2004 CE, estableix:

«[...] los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales».

Al respecte el tribunal contenciós-administratiu italià que va conèixer del cas Abertis/Autostrade va estimar, «tot i que no existeixi el recolzament d'una jurisprudència prèvia ni anàlisi doctrinal, que la norma prudencial evoca la noció de norma que fa referència a la vigilància i que aplica normes tècniques; pot per tant inferir-se que contingui *in nuce* també la comprovació de l'equilibri econòmic-financer de gestió, que és tasca que l'Administració nacional ha pretès exercir sobre la concessionària [...]».

El fallit projecte de fusió entre les empreses ABERTIS i AUTOSTRADE suposa una concentració econòmica que és objecte d'escrutini per part de les autoritats de defensa de la competència en el marc del Reglament comunitari 139/2004, del Consell de 20 de gener.

Tradicionalment, les autoritats espanyoles (les catalanes no ostenten competència autoritzatòria en matèria de concentracions d'empreses) han considerat que el mercat concessional presenta fortes barreres d'entrada. Efectivament, el principal obstacle legal és la concessió mateixa. A més, donat que les concessions ho són normalment en règim d'exclusivitat, la competència que es desenvolupa “per el mercat” i no pas “en el mercat”. Dit en altres paraules, les empreses competeixen per ser adjudicatàries de l'explotació i gestió de la infraestructura però les infraestructures no competeixen entre elles. A més, l'aprovació de les tarifes es fa per part de l'Administració segons l'article 14 de la Llei 8/1972. Tot i això, el que seria desitjable, tal i com aconsella l'autoritat de defensa de la competència italiana, és que s'adjudiquin mitjançant procediments de selecció pública a una pluralitat de gestors, diferents trams d'autopistes, sempre que sigui econòmicament possible, amb la finalitat de fomentar formes de competència comparativa, que podria promoure una reducció dels costos y una millora de la qualitat dels serveis prestats. La posició d'entrada dels diferents operadors en les licitacions depèn, essencialment, de la seva relativa capacitat financera o tècnica plasmada en la seva oferta. La competència queda vinculada, doncs, a l'existència de suficients licitadors en els concursos.

En aquest escenari, val la pena constatar també que les empreses concessionàries operen a nivell nacional, amb independència de quin sigui l'àmbit geogràfic de l'Administració concedent (estatal, autonòmic o fins i tot local). En canvi, tot i que la Comissió europea considera una possible dimensió comunitària dels mercats de gestió d'infraestructures en règim de concessió, la veritat és que encara que els processos de licitació estiguin obligatòriament oberts a tots els operadors comunitaris, a la pràctica són pocs els casos en que hi participen empreses d'Estats membres diferents

al de l'Administració adjudicant. Els mercats geogràfics són, doncs, eminentment nacionals.

En la resolució de 22 de setembre de 2006, la Comissió europea va tenir ocasió d'examinar el projecte de fusió ABERTIS / AUTOSTRAD. La Comissió Europea aprova, d'acord amb el Reglament sobre concentracions de la UE, la proposta de concentració d'Abertis, empresa espanyola de gestió d'autopistes de peatge, amb Autostrade, empresa italiana del mateix sector. La Comissió conclou que la transacció no alterarà de manera significativa la competència a l'Espai Econòmic Europeu (EEE) o en una part significativa del mateix.

g) Anàlisi del sistema català d'autopistes: no existeix un model normatiu propi.

Segons GERMÀ BEL, el model català d'autopistes destaca per la forta presència del sector privat i la perllongació de les concessions amb un augment dels peatges. El 55% de les autopistes de peatge de titularitat autonòmica ho són de la Generalitat de Catalunya. També cal destacar que junt amb aquestes autopistes de titularitat autonòmica, Catalunya és la Comunitat que més quilometres d'autopista de titularitat estatal disposa, concentrant-se en l'autopista AP-7 que discorre al llarg del corredor mediterrani. Aquest model singular no té una definició normativa pròpia.

Efectivament, la Llei catalana 3/2007 de 4 de juliol, que regula les obres públiques competència de la Generalitat no s'aparta del model estatal de contractació. Això es degut en part a l'aplicació extensiva de la clàusula de l'article 149.1.18 CE. Així, pel Consell d'Estat resulta clar que el text de l'article 149.1.18. és inequívoc en el sentit de que *«se pretende un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación. La idea luce, por lo demás, aunque con distintas intensidades competenciales, en todo el contenido de este precepto constitucional, comprensivo de las materias que definen el núcleo de los instrumentos básicos de las Administraciones Públicas»*.

Aquesta base constitucional limita fortament l'adopció d'un model normatiu diferenciat. Amb el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006, s'incorporen clàusules de garantia a favor de la Generalitat pel que fa a la participació en la definició i determinació de les obres d'interès

general. El règim contractual o d'exploració i gestió es manté, però, uniforme.

D'aquesta manera, la Generalitat no ostenta una posició diferent de l'Estat pel que fa a la regulació normativa de les seves infraestructures públiques gestionades per concessionaris. De l'experiència acumulada en la resolució del cas ABERTIS / AUTOSTRADE, es poden plantejar dos tipus de mancances: en primer lloc, no existeix pròpiament un regulador sectorial de les infraestructures viàries més enllà de l'Administració concedent. Per tot l'exposat en l'estudi, valdria la pena explorar aquesta via. En segon lloc, la posició de la Generalitat vers les empreses concessionàries d'autopistes de la seva titularitat permet endevinar problemes d'intervenció administrativa en l'hipotètic cas que una altra empresa estatal o europea decidís fusionar-se o adquirir empreses gestores d'infraestructures catalanes. La llei de l'obra pública catalana hauria de clarificar la posició de l'Administració en aquest supòsits.