

ante una monografía de gran interés que aborda con profundidad una cuestión particularmente atractiva y que, más allá del análisis, ofrece propuestas que pueden suponer un punto de partida para el debate.

Juan José Rastrollo Suárez
Universidad de Salamanca

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN: *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2018, 316 págs.

El derecho administrativo, siempre en permanente evolución, ofrece magníficos ejemplos de modernidad que no pasan desapercibidos para la doctrina científica más puntera. El autor ha dado ya otras muestras de su gran «olfato» para la selección de esos temas que, combinados con una dogmática jurídica más que sólida, desembocan en fulgurantes destellos bibliográficos. Este libro —como lo fueran del autor obras anteriores sobre derecho energético (2009) o costes de transición a la competencia (2003)— viene a unirse a esa selecta categoría.

El libro analiza la desvinculación como técnica de intervención administrativa (regulación), o lo que es lo mismo, las posibilidades que ofrece la patrimonialización del haz de poderes que los títulos administrativos confieren para distintos sectores económicos. Ya desde la hipoteca de la concesión y la titulación de activos (el art. 255 del TRLCAP introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas) se produce el fenómeno de la desmaterialización entre concesión y su aprovechamiento económico. Es decir, una vez accedido al mercado mediante el título administrativo, se abre la puerta a un negocio, cuya explotación puede ser objeto de tráfico privado, más o menos regulado. Ello a la vez hace nacer un mercado secundario (al margen o no del control del poder público). Este fenómeno y sus muchos matices pueden englobarse en lo que la obra titula como desvinculación.

Según la obra, hay varios tipos de desvinculación: subjetiva, objetiva y causal. La primera es la capacidad para alterar el sujeto originario de la autorización o licencia. Se trata de romper el vínculo personal entre el título y su beneficiario en razón del carácter limitado de las licencias y de su concesión personalísima. En nuestra tradición, el principio general es el de la intransmisibilidad de las licencias. La desvinculación subjetiva permite el cambio de sujeto de manera normalmente restringida —contando con la autorización previa de la Administración— o libre. La desvinculación objetiva, por su

parte, refiere a la disociación entre derechos y propiedades. Así, la transferencia de un aprovechamiento urbanístico, con independencia del bien, o un derecho de plantación, con independencia del predio agrícola. Lo mismo puede decirse del ejemplo paradigmático de los derechos de emisión de gases contaminantes. La capacidad de contaminar se desvincula tanto de la intervención ambiental sobre la actividad como sobre sus concretas instalaciones industriales. Finalmente, una desvinculación causal: el libro utiliza el ejemplo de los derechos de explotación del agua para riego. En este caso la desvinculación «liberaría» al título del destino obligatorio a un uso, de manera que la transmisibilidad del aprovechamiento (uso privativo) no quedaría sujeta a un concreto uso (riego o consumo).

El libro, de manera muy inteligente, abre las puertas al lector con unas páginas descriptivas de los objetos de estudio. Primero hay que saber de qué hablamos para después categorizarlo y proceder a radiografiarlo jurídicamente. Y el panorama es sorprendentemente abundante: i) aguas: cesión de usos privativos de agua; ii) costas: concesiones de utilización del dominio marítimo-terrestre; iii) medio ambiente: comercio de derechos de emisión de gases; iv) urbanismo: transferencias de aprovechamiento urbanístico; v) agricultura y pesca: transferencia de cuotas ganaderas, derechos de plantación y cuotas pesqueras; vi) infraestructuras de transporte: intercambio de capacidad de utilización de aeropuertos e infraestructuras ferroviarias, y vii) telecomunicaciones: cesión de derechos de uso del espectro radioeléctrico.

Cada uno de los ámbitos del derecho administrativo especial presentará sus propias peculiaridades. Pero tienen en común la aparición de mercados de derechos y la pretensión de asignación más eficiente de los recursos. El autor traza el siguiente paralelismo histórico: de Jovellanos (reforma agraria) a Coase (*transaction costs*). En todos los casos se trata de regulaciones de bienes escasos y parecería que la desvinculación pudiera presentar ventajas en términos de optimización respecto a la regulación limitativa tradicional. Como concluye el autor en el capítulo II: «La desvinculación es una forma de configurar el contenido de los derechos que permite la reasignación de los derechos en virtud de un criterio de precio. El precio es un criterio idóneo para conseguir una utilización eficiente del derecho a realizar una actividad o a utilizar un bien [...]. A diferencia de otras técnicas tradicionales, esta técnica pretende alcanzar unos objetivos de interés general generando un incentivo. Sin embargo, a diferencia de otras técnicas de fomento como la subvención, persigue alcanzar los correspondientes objetivos de interés general sin recurrir a los presupuestos públicos». Eficiencia en la asignación y ahorro de recursos públicos serían, pues, las ventajas que ofrecería la desvinculación como técnica de intervención reguladora. También la regulación para la competencia.

La llamada al mecanismo de mercado —como instrumento regulador— parece clara. Sin embargo, al final, el libro nos descubre que el mercado y el derecho no solo no son modos de ordenación social que sean mutuamente excluyentes, sino que son complementarios (Komesan, *Imperfect Alternatives*, Chicago, 1994). Por todo ello, la naturaleza de la controversia no parece indicar qué solución deba preferirse. El mercado y la eficiencia representan una opción que consigue algunos objetivos pero que, en cambio, frustra otros.

Por ello, la intervención de las *new properties* y la desvinculación presentará también algunos problemas. En primer lugar, el funcionamiento del mercado de derechos dependerá fuertemente de su asignación inicial (cfr. el caso de los derechos de acceso a los caladeros enjuiciado en la STC 64/1991, de 22 de marzo). El fino autor detecta inmediatamente una contradicción palmaria: se sigue un criterio distinto en la asignación inicial (gratuita) y en la reasignación (precio), lo que desemboca en la obtención de rentas inmerecidas (véase igualmente el caso de la concesión de licencias de autotaxi). «Una posibilidad es recurrir al criterio del precio también en la asignación inicial por la Administración (subasta)». O al menos, añadimos, a la asignación aleatoria (lotería).

Igualmente, en materia de *slots* aeroportuarios, se ha revelado cómo la aplicación del principio de *grandfathering* (asignar los recursos al operador existente frente al *newcomer*) implica un serio problema de acaparamiento y con ello un obstáculo a la liberalización y la entrada de competencia —siempre que no se aumente la capacidad de las infraestructuras—. El libro aporta la interesante doctrina del TJUE relativa al encuadre de la cuestión desde el punto de vista de las ayudas de Estado (favorecimiento del operador nacional postmonopolista).

Pero los problemas no son solo iniciales, sino que el funcionamiento mismo del mercado de asignación hace aparecer otros conflictos: el poder de mercado de algunos grandes operadores (dimensión y número de actores); los *hot spots* (concentración); el *decreaming* (la marginación de actividades deseables que no llegan a prestarse por razón del territorio o por su escasa rentabilidad); la nula utilidad de los mecanismos de mercado para satisfacer intereses sociales no fácilmente cuantificables (capítulo V). Y la eficiencia no puede nunca referir a la máxima explotación de los recursos naturales cuando precisamente el mandato constitucional de protección del medio ambiente y utilización racional de los recursos apunta en la dirección contraria. Habrá que encontrar fórmulas de ponderación entre desarrollo económico y derechos sociales y ambientales (el autor lo llama armonización, ponderación o compromiso). Y en este punto, el libro vuelve al inicio, es decir, a analizar en cada uno de los sectores estudiados el funcionamiento de la desvinculación y la necesidad de establecer límites a la transmisibilidad.

La reflexión final es que la técnica regulatoria deberá tener en cuenta no solo la eficiencia sino también intereses sociales, ambientales, territoriales o económicos. Y de modo parecido en como sucediera en la liberalización de monopolios, lo cierto es que la introducción de mecanismos de mercado (desvinculación) no arrincona al Estado que desplaza. La intervención administrativa clásica consistía esencialmente en asegurar la presencia de la Administración en el sector intervenido a través de un agente burocrático (operador) y de medios burocráticos (reglamentación). El nuevo derecho administrativo ha traído, en general, otro tipo de normas. La Administración pasa así de ser una Administración de intervención a una Administración de supervisión. Lo esencial, sigue siendo la transparencia, la no discriminación y la adecuación del sector a los objetivos generales que tienen un carácter marcadamente público.

La eficiencia en la asignación de recursos constituye solo uno de los múltiples objetivos sociales, aunque el análisis económico del derecho lo formule normalmente en términos absolutos. El derecho público debería centrarse en cuáles son los principios y los valores que debe proteger un ordenamiento y, una vez determinado ello, recurrir a las técnicas normativas que garanticen su mejor satisfacción. Además, en la mayoría de los casos, de forma implícita, las normas de derecho administrativo contienen un juicio no articulado sobre cuál es la mejor institución para alcanzar un determinado objetivo social.

En definitiva, estamos ante un libro original y novedoso que se une a las contribuciones de Arroyo Jiménez y Utrilla Fernández-Bermejo (2015) y Esteve Pardo (2003), ofreciendo al lector tanto una perspectiva general como un exhaustivo estudio de los varios sectores tratados, todo ello de manera didáctica y desapasionada (en el sentido de no caer en apriorismos). El autor demuestra que el derecho administrativo no solo está vivo, sino que exhibe una notable adaptación dinámica a la nueva sociedad postindustrial. Tocqueville ya advirtió de cómo una gran revolución administrativa precedió a la revolución política (capítulo VII del libro tercero de su obra *El antiguo régimen y la Revolución* [1856], Madrid, Guadarrama, 1969) e igualmente es destacable aquí el impacto más general de la cuestión del mercado y su regulación normativa, apuntado hace años por Ariño, al afirmar que «un Estado liberal no puede alojarse en una administración napoleónica, porque antes o después morirá asfixiado por ésta» (Ariño, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, 1999). El libro es, también, una reivindicación de este nuevo paradigma del derecho administrativo, su riqueza y complejidad.

Carlos Padrós Reig

Universidad Autónoma de Barcelona
Letrado del Tribunal Constitucional