

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO**

~

**DPTO. DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

~

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE
SERVICIOS PÚBLICOS**

(RESUMEN)

CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

2016

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL**
ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
PROGRAMA DE DOCTORADO

**“ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO
SOCIAL”**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



***“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS”***

Autor: D. Carlos Yáñez Díaz
Director: Dr. D. Juan José Rastrollo Suárez

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL

ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
PROGRAMA DE DOCTORADO
**“ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO
SOCIAL”**

***“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS”***

*Memoria de Tesis Doctoral presentada por D. Carlos Yáñez Díaz, bajo la dirección del Dr.
D. Juan José Rastrollo Suárez, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de
Salamanca, para la colación del Título de Doctor en Derecho en el marco del programa de
doctorado “Administración, hacienda y justicia en el estado social”.*

Doctorando

Vº. Bº. Director

Carlos Yáñez Díaz

Juan José Rastrollo Suárez

Salamanca, 2016

ÍNDICE

Agradecimientos	11
Abreviaturas	13
Introducción	15
Capítulo 1. El fenómeno de la privatización	23
1.1. Introducción. La “ <i>privatización</i> ” como un concepto confuso.....	23
1.1.1. Una justificación económica para un fenómeno sociológico y global	24
1.1.2. La privatización en el derecho administrativo español	26
1.2. El espíritu empresarial en el sector público. Del <i>New Public Management</i> a la gobernanza.....	31
1.3. La privatización en España.....	35
1.3.1. El sector público. Del siglo XIX a las reformas de López Rodó	35
1.3.2. Los años 80 como inicio de la privatización	39
1.3.3. La privatización masiva de los años 90.....	41
1.3.4. La privatización hoy día. Ausencia de un marco regulador	43
Capítulo 2. La privatización como utilización del derecho privado para el cumplimiento de fines públicos	45
2.1. Un concepto funcional de privatización	45
2.2. La privatización como huida del derecho administrativo.....	46
2.3. La huida del derecho administrativo ante los tribunales de justicia	53
2.4. Nuevas formas de huida y nuevos límites	55
2.5. Los colaboradores en el derecho español y en otros ordenamientos jurídicos.....	58
Capítulo 3. Problemas y límites de la privatización	69
3.1. La privatización como reflejo de la vieja dicotomía derecho público-privado.....	69
3.2. Problemas de la privatización en otros ordenamientos jurídicos.....	71
3.3. Privatización y Estado Social de Derecho	75
3.4. Necesidad de un control público sobre las actividades privatizadas	86
3.5. La responsabilidad patrimonial como un derecho de los ciudadanos-usuarios de los servicios públicos externalizados	89
Capítulo 4. La responsabilidad de los Poderes públicos del Estado como exigencia constitucional	93
4.1. El artículo 9.3 de la CE como piedra angular de nuestro ordenamiento	93
4.1.1. La responsabilidad del Estado legislador	94

4.1.2. La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional	100
4.1.3. La responsabilidad del Defensor del Pueblo	102
4.2. La responsabilidad de la Administración como un derecho de los ciudadanos. Su aparición en el derecho español	106
4.2.1. Los orígenes: De la irresponsabilidad a la necesaria articulación de las diversas vías de reclamación de responsabilidad a la Administración	106
4.2.2. La eclosión de un sistema de responsabilidad de la Administración, directa y ¿objetiva?	110
4.2.3. La publicación definitiva de la responsabilidad patrimonial mediante la unificación jurisdiccional ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	111
4.3. La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial como un derecho de los ciudadanos.....	116
4.3.1. El debate constitucional sobre la responsabilidad patrimonial	116
4.3.2. La garantía institucional de la responsabilidad patrimonial.....	118
4.3.3. Responsabilidad patrimonial y eficacia de la Administración	122
Capítulo 5. El ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Los conceptos de Administración pública y servicios públicos.....	125
5.1. Administración y servicios públicos. La problemática imputación a los entes de la Administración sujetos al derecho privado	125
5.1.1. Organismos Autónomos	134
5.1.2. Entidades Públicas Empresariales.....	134
5.1.3. Sociedades Mercantiles Públicas	142
5.2. La relación de dependencia y la teoría del levantamiento del velo como mecanismos de imputación de responsabilidad por los actos de entes instrumentales de la Administración matriz.....	150
5.3. Tres supuestos ante los Tribunales: Correos y Telégrafos, Metro de Madrid y el Canal de Isabel II.....	164
5.4. Propuestas de reforma.....	183
5.5. El artículo 35 de la LRJSP.....	187
5.6. El servicio público como generador de responsabilidad patrimonial.....	189
Capítulo 6. La actuación indirecta de la Administración. La problemática responsabilidad de contratistas y concesionarios	197
6.1. Planteamiento del problema	197
6.2. La responsabilidad de los contratistas en el derecho civil.....	199
6.3. La responsabilidad de los contratistas en el derecho administrativo.....	208
6.3.1. Antecedentes históricos.....	208
6.3.2. La regulación de la LEF de 1954	210

6.3.3. El problema en la legislación de contratación pública y de procedimiento administrativo	211
6.4. La división doctrinal sobre la respuesta del ordenamiento jurídico al problema.....	218
6.5. El excesivo casuismo en la jurisprudencia y la ausencia de un criterio común en la respuesta de los tribunales	227
6.5.1. Responsabilidad directa del contratista y responsabilidad de la Administración con acción de regreso frente a este	227
6.5.2. Determinación por la Administración de la responsabilidad del contratista o invasión de competencias judiciales	229
6.5.3. Ejercicio opcional de la vía recogida en la legislación de contratos públicos.....	233
6.5.4. Necesidad de evitar interpretaciones que eludan la garantía constitucional de la responsabilidad de la Administración.....	234
6.5.5. Competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa y requisito procesal de demandar al contratista.....	235
6.5.6. Responsabilidad del contratista ¿subjettiva u objetiva?.....	237
6.5.7. Responsabilidad de la Administración por culpa in vigilando o in eligendo.....	238
6.5.8. El intento de unificar criterios en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009.....	241
6.5.9. Responsabilidad por productos defectuosos	242
6.6. El problema en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración.....	245
6.7. Necesidad de una solución clara. Propuestas al respecto	249
6.8. La responsabilidad de la Administración derivada de ilícitos penales cometidos por personal de los contratistas y concesionarios	255
6.9. La responsabilidad de la Administración en los convenios	262
Capítulo 7. La actuación de sujetos privados “colaboradores” de la Administración	269
7.1. La colaboración de las Administraciones públicas y las entidades privadas ante los nuevos riesgos.....	269
7.2. La liberalización de servicios tras la Directiva Bolkenstein. Declaraciones responsables y entidades colaboradoras.....	271
7.2.1. La superación de la técnica autorizatoria. Los riesgos del nuevo sistema	271
7.2.2. La garantía de la responsabilidad patrimonial	278
7.3. La responsabilidad de las entidades colaboradoras en la normativa sectorial	281
7.3.1. Las entidades colaboradoras de la Administración urbanística en la legislación madrileña	281
7.3.2. La responsabilidad de las entidades de reconocimiento de buques	285

7.3.3. Un intento de regulación general: La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña.....	290
7.4. Posiciones doctrinales sobre la responsabilidad de estas entidades	292
7.5. Las respuestas jurisprudenciales sobre su responsabilidad	300
7.6. La responsabilidad de estas entidades en el derecho comparado	303
7.7. Las entidades colaboradoras y el ámbito de aplicación del derecho administrativo.....	307
Capítulo 8. Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y el Mutualismo Administrativo	313
8.1. Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social	313
8.2. La responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en el marco del mutualismo administrativo. El caso de MUFACE	326
8.2.1. La prestación de la asistencia sanitaria a los funcionarios de la Administración General del Estado	328
8.2.2. La normativa de contratación pública. De nuevo otra peculiaridad del mutualismo administrativo	330
8.2.3. La responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada a los funcionarios públicos.....	332
Capítulo 9. Notarios y Registradores.....	345
9.1. Los notarios como funcionarios sujetos al derecho privado.....	345
9.2. Los Registros como servicios públicos.....	350
Capítulo 10. Entidades Urbanísticas colaboradoras	361
10.1. La tensión función pública/propiedad privada en el urbanismo español.....	361
10.2. Juntas de Compensación y Entidades Urbanísticas de Conservación. Naturaleza y responsabilidad	363
Conclusiones.....	377
Jurisprudencia.....	393
Bibliografía.....	405

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis no habría salido adelante sin diversos apoyos a los que estoy obligado a dar las gracias.

En primer lugar, a Juan José Rastrollo, director de la tesis que ha logrado impulsar este proyecto hasta su lectura y que me ha apoyado de forma incondicional. Por extensión deseo agradecer a todo el Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca el que me haya acogido veinte años después de mi licenciatura. Fue un orgullo licenciarme en esta Universidad y lo es volver a ella para realizar el doctorado.

Quiero recordar al extinguido Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y agradecer a sus dos presidentes, D. Mariano Zabía Lasala y D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa su buen hacer al frente de la institución y el apoyo que me brindaron como letrado del Consejo.

Esta tesis no habría salido adelante sin el apoyo de Esther de Alba Bastarrechea, esencial para iniciar y seguir adelante con este proyecto y, al mismo tiempo, un modelo con su tesis doctoral sobre la valoración del daño causado por la Administración sanitaria.

Como es obvio el cariño de mi familia ha sido imprescindible y lamento el que me haya hurtado tiempo para estar con ellos. Por eso quiero dedicar este trabajo a mi madre, a mi hermana que me precedió en el doctorado con su tesis sobre el carcinoma espinoceleular pseudoglandular y, especialmente, a mi padre que tan ilusionado ha estado siempre con esta tesis y que me transmitió los valores de trabajo y honradez necesarios para todo tipo de trabajo, ya sea público o privado.

ABREVIATURAS

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Texto Refundido de 26 de julio de 1957
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
RCE	Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre
RMA	Reglamento General del Mutualismo Administrativo aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

RPRP	Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por Real Decreto 429/2003, de 26 de marzo
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio
TRLSSFCE	Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio
TRRL	Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril

INTRODUCCIÓN

El problema que se aborda en esta tesis trae causa de dos momentos de mi carrera profesional como Letrado de la Comunidad de Madrid.

De un lado, en mi actividad como Letrado en la Abogacía General de la Comunidad, surgió en ocasiones la necesidad de articular una respuesta jurídica (ya sea contestando una demanda contenciosa o en la redacción de un informe consultivo) a aquellos casos en los que se solicitaba la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración a raíz de la prestación de un servicio público en el que había intervenido un sujeto privado, habitualmente un contratista.

Posteriormente, al actuar como Letrado en el desaparecido Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el problema apareció constantemente. Desde los supuestos de asistencia sanitaria prestada a ciudadanos dentro del marco del Sistema Nacional de Salud por entidades privadas concertadas con el Servicio Madrileño de Salud, pasando por las caídas en la vía pública o accidentes en carreteras en los que la Administración consideraba que la responsabilidad correspondería a la empresa privada que tenía a su cargo el contrato administrativo de obras de reparación y mantenimiento de la vía pública a supuestos más complejos en los que se planteaba la exigencia de responsabilidad como consecuencia de actos de la Administración derivados de actuaciones de entidades certificadoras.

Todos estos supuestos ponían de manifiesto la insuficiencia de una regulación, tanto legal como su complemento jurisprudencial, pensada para una relación clásica entre Administración y ciudadanos ante la cada vez mayor participación de sujetos privados, no solo en la prestación de servicios públicos sino incluso en el ejercicio de funciones públicas tradicionalmente objeto de monopolio por los órganos de la Administración en cuanto manifestación de la soberanía.

Es por ello que en la primera parte de la presente tesis se analiza el fenómeno poliédrico de la privatización que no solo afecta al ámbito jurídico, sino que conecta con las principales teorías económicas, ya sea a favor o en contra, e incluso presenta un interesante aspecto sociológico sin olvidar que, en definitiva, nos hallamos ante un problema político y, como analizaremos, con repercusión constitucional.

Un importante sector de la doctrina administrativista española restringe el concepto de privatización a los supuestos en los que la Administración enajena una empresa pública de tal forma que esta pasa a ser controlada por el capital privado.

Sin poner en duda que ese sería el supuesto más paradigmático de privatización no es el criterio que sigue este estudio que opta por considerar como privatización todos aquellos supuestos en los que los servicios públicos que han de prestar las Administraciones públicas se encomiendan a personas jurídico privadas. Es cierto que en estos casos suele mantenerse, al menos sobre el papel, la titularidad pública, pero se plantea de forma clara el problema que exponemos en cuanto a la naturaleza y exigibilidad de responsabilidad por los actos dañosos causados en esa actividad.

La privatización, como forma de gestión pública, ha estado de moda desde los años 80 del pasado siglo. La venta de empresas públicas supuso tanto una forma de obtener recursos económicos como una manifestación de determinada concepción del Estado y de la sociedad, así como la utilización del sector privado como medio para la prestación de servicios públicos han dado lugar a un sector público radicalmente distinto del existente hace treinta años.

Se ha pasado de un Estado clásico con estructuras administrativas a un Estado que busca la aplicación de fórmulas privadas en su gestión creando a tal efecto entes públicos sometidos al derecho privado o directamente sociedades mercantiles e incluso fundaciones.

Estos mecanismos de gestión pública han recibido, como es lógico, alabanzas y críticas. A favor pueden destacarse teorías de gestión pública como el *new public management* e incluso la denominada gobernanza que busca el replanteamiento de las tradicionales relaciones entre la Administración y la sociedad civil. Por el contrario, algunas de estas modalidades de utilización instrumental del derecho privado por la Administración han sido criticadas por la doctrina administrativista por considerar que implicaban una “*huida del derecho administrativo*” con la consiguiente pérdida de garantías jurídicas para los ciudadanos y la sociedad en general.

En otros casos, la Administración acude a otros mecanismos como la contratación o directamente encomienda a personas privadas la realización de tareas tradicionalmente reservadas a los poderes públicos.

Por ello la primera parte de la tesis se dirige a examinar el fenómeno de la privatización y, en concreto, su aparición y auge en nuestro ordenamiento jurídico en el que el sector público nunca alcanzó, por razones históricas y económicas, la relevancia de otros países y en el que se ha producido una importante reducción del mismo y una mayor utilización del sector privado para la prestación (en sentido amplio) de servicios públicos.

Ha de tenerse en cuenta que esta mayor utilización de medios privados viene en parte motivada por el derecho europeo que, partiendo del principio de la libre prestación de servicios, se opone a que haya actividades reservadas al sector público sin una justificación adecuada. Además, no cabe sino destacar que el derecho europeo, se quiera o no, ha supuesto una relativización del concepto de servicio público tal y como se venía entendiendo en países como Francia o España, llegándose a hablar de la “*muerte*” del concepto.

Partiendo de la falta de un claro concepto no ya legal sino incluso doctrinal se analizan los problemas que suscita esta privatización o externalización tanto en nuestro ordenamiento como en otros países, ya sean de nuestra órbita jurídica como es el caso de Italia o bien en Gran Bretaña o Estados Unidos en los que la tradición externalizadora es mucho más importante y es los que la dualidad derecho público-derecho privado tiene perfiles distintos a los sistemas continentales.

En nuestro ordenamiento se analizan las especiales críticas que ha merecido la denominada huida del derecho administrativo y la más minoritaria línea doctrinal que considera que la utilización del derecho privado no supone disminución alguna de los derechos de los ciudadanos. Se ha prestado también una especial atención al control que efectúan los tribunales de estos supuestos puesto que en el análisis de esos casos judicializados se puede comprobar mejor si, en efecto, estos fenómenos representan una pérdida de garantías.

Un supuesto que resulta constatado en el derecho comparado es la ausencia de controles adecuados sobre las actividades externalizadas. Con mucha frecuencia la Administración no es capaz de valorar la calidad con la que se ha prestado el servicio sin que los propios servicios administrativos tengan una adecuada interlocución con el contratista. Ante esta situación es más que razonable pensar que pueden ocasionarse daños como consecuencia de la prestación del servicio.

Más allá de la valoración que pueda tenerse sobre el fenómeno de la privatización, el ordenamiento jurídico debe articular un mecanismo adecuado para reparar tales daños especialmente por cuanto la obligación de la Administración de responder como consecuencia de los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos está expresamente recogida como una garantía institucional en el artículo 106.2 de la CE.

Partiendo de la obligada interpretación de las normas conforme los principios constitucionales parece razonable entender que es necesario establecer un mecanismo que permita que todo aquel que sufra un daño ocasionado por el funcionamiento de un servicio

público que no tuviera la obligación de soportar reciba una indemnización que compense dicho perjuicio. Esa afirmación, que no encuentra ningún obstáculo cuando se trata de servicios gestionados de forma directa por la Administración, se enfrenta a una carrera de obstáculos cuando se trata de supuestos de gestión indirecta.

Llaman la atención esas dificultades para establecer en estos casos la responsabilidad de la Administración cuando la jurisprudencia y un importante sector doctrinal, aunque con la oposición nada menos que de Eduardo García de Enterría, ha sostenido la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial en supuestos tan discutibles como el del Estado legislador, el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo aplicando el principio de la responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE.

Tras destacar cómo se ha reconocido la viabilidad de esa exigencia de responsabilidad patrimonial se exponen, por el contrario, los supuestos más problemáticos.

Así, en primer lugar, se expone la sujeción a la responsabilidad patrimonial de los diversos entes de la Administración institucional sometidos al derecho privado, ya sean entidades públicas empresariales o entes autonómicos similares, fundaciones públicas o el caso más importante como son las sociedades mercantiles públicas.

Ello conduce a determinar qué se entiende en nuestro derecho por Administración y las siempre complejas relaciones de tutela entre la Administración matriz y los entes instrumentales. Como se expondrá, la mayoría de la doctrina considera que la responsabilidad de estos entes también se regiría por el derecho privado, pero existen autores y un importante número de sentencias que entienden que cabría declarar la responsabilidad de la Administración en cuanto titular del servicio público que prestan estas entidades.

El problema se ha agravado por el enigmático artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que establece que la responsabilidad de la Administración cuando actúe directamente o a través de entidades de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá con arreglo a dicha Ley aun cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado.

Igualmente es ya tradicional en nuestro derecho la polémica sobre la responsabilidad de la Administración cuando actúa a través de contratistas y concesionarios.

El sistema que recogía la Ley de Expropiación de Expropiación Forzosa de 1954 fue puesto en cuestión por la normativa posterior, especialmente por la normativa de contratos administrativos que, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, introdujo una perturbadora vía previa con una referencia inicial a la competencia de la jurisdicción civil. Surgió así una polémica doctrinal entre quienes consideraban que la responsabilidad correspondería exclusivamente al contratista salvo los casos, ciertamente excepcionales, de órdenes directas de la Administración o de vicios del proyecto y aquellos que consideraban que la Administración debía responder sin perjuicio de su derecho a ejercitar la acción de regreso frente al contratista.

La discusión doctrinal sobre este problema se ha transformado en el ámbito de los tribunales de justicia en un verdadero caos de sentencias en las que se pueden encontrar todo tipo de soluciones y/o complicaciones en los supuestos de daños causados por contratistas.

Este desbarajuste de sentencias no ha sido atajado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, además de haber cambiado él mismo de doctrina, no ha logrado establecer un criterio suficientemente claro al respecto.

La reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que unificó en la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando a la producción del daño hubieran concurrido particulares no ha llegado a eliminar estos problemas, fundamentalmente por cuanto no existen criterios claros sobre cuál es el alcance de la vía administrativa previa. En concreto, si la Administración puede declarar la obligación del contratista de abonar una indemnización a la víctima y qué ocurre si el contratista no abona la indemnización.

El problema se agrava por cuanto, además, en muchos supuestos el perjudicado ignora la existencia de un contratista y en otros casos ni siquiera existe contrato puesto que la relación entre la Administración y el prestador del servicio se rige a través de un convenio, supuesto previsto expresamente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Igualmente se analiza la posible responsabilidad de la Administración en la actuación de las llamadas “*entidades colaboradoras*” de la Administración. Este fenómeno, si bien no puede calificarse como nuevo, ha adquirido un notable desarrollo en los últimos años como consecuencia del cambio en el control administrativo de las actividades que ha pasado de un sistema de autorización previa a través de las licencias, autorizaciones o permisos a otro basado en las declaraciones responsables. La Administración pasa a reconocer la validez de

las actividades cuando determinadas entidades certificadoras verifican la adecuación a la normativa de tales actividades.

En estos casos, la posible responsabilidad de la Administración puede surgir de diversos títulos, de un lado por su habilitación de tales entidades -culpa *in eligendo*- pero también por un incumplimiento de su deber posterior de verificación y control en virtud de su potestad de inspección -culpa *in vigilando*-.

Se analizan igualmente dos supuestos de responsabilidad vinculada al sistema de Seguridad Social, constitucionalmente garantizado en el artículo 41 de la CE, como son el régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración General del Estado gestionado por el organismo autónomo Mutualidad de Funcionarios de la Administración General del Estado (MUFACE) y, de otro lado, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (anteriormente denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo), asociaciones privadas de empresarios que gestionan la asistencia sanitaria ocasionada por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El tratamiento de la responsabilidad derivada de la prestación de asistencia sanitaria en uno y otro caso resulta diferente.

En el caso de MUFACE se modificó expresamente la legislación de contratos públicos de tal forma que los contratos que se celebran con entidades para la prestación de asistencia sanitaria se califican como contratos de gestión de servicios públicos, por lo que el Consejo de Estado pasó a entender que MUFACE no debía asumir la responsabilidad derivada de la prestación de asistencia sanitaria, sino que la misma correspondería al contratista.

Por el contrario, en el caso de las Mutuas se ha producido una laboralización de la responsabilidad puesto que, aun cuando la jurisdicción contencioso-administrativa había venido estableciendo que le correspondía conocer de esas reclamaciones habida cuenta que esa asistencia se encuadraba dentro de la que ha de prestar el Sistema Nacional de Salud, la reforma de las Mutuas acometida por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, atribuye las reclamaciones por responsabilidad derivada de asistencia prestada por las Mutuas a la jurisdicción social.

Un supuesto paradigmático de la realización de funciones públicas por sujetos privados es el de los notarios y registradores. La no integración de estos “*funcionarios*” sui generis en la estructura administrativa da lugar a que su normativa específica se remita al derecho privado que articula diversos mecanismos para asegurar su responsabilidad tales como la

exigencia de una fianza como garantía, la existencia de un seguro profesional colectivo o una tramitación específica de las reclamaciones ante el Colegio profesional. No obstante, ello no ha impedido el que el Tribunal Supremo haya establecido en algunos casos la responsabilidad de la Dirección General de los Registros y del Notariado puesto que se consideraba que no había ejercido adecuadamente sus facultades de vigilancia sobre el funcionamiento del servicio público registral.

Por último, se analiza el supuesto de las entidades urbanísticas colaboradoras tales como las Juntas de Compensación o las Entidades Urbanísticas de Conservación. Estas entidades, formadas por sujetos privados pero que tienen naturaleza administrativa estando bajo la tutela de la Administración, suponen un ejemplo de atribución de una función pública (ejecución del planeamiento o conservación de la urbanización) en régimen de autoadministración a los particulares interesados, pero manteniendo la Administración municipal la titularidad de la función y las potestades correspondientes.

Al igual que en los restantes supuestos existe una situación confusa en cuanto a la exigencia de responsabilidad patrimonial por la actuación de estas entidades, no solo en cuanto a la concreta tramitación de las reclamaciones con posibilidad de recurso de alzada ante la Administración territorial con competencias en la materia que tutela su actuación, sino también sobre la posibilidad de reclamar directamente a esta última así como sobre la competencia de los tribunales, ya sea la jurisdicción contenciosa o la civil.

Se trata, en suma, de exponer las principales características de un fenómeno global y complejo como es la privatización, entendida como la encomienda de funciones o la prestación de servicios públicos a entes que se rigen por el derecho privado y analizar los problemas que suscita esa atribución en caso de producción de daños a particulares.

Nos encontramos en una transición del Estado prestacional característico de la posguerra europea a un Estado garante en el que, como consecuencia de diversos fenómenos políticos y económicos, entre los que destaca la privatización, el Estado pasa a asumir un papel de garantía de prestación de los servicios públicos más que a prestarlos él mismo. A esa nueva concepción del Estado ha de adaptarse la garantía que supone el instituto de la responsabilidad patrimonial.

Es por ello que ha de hacerse una reflexión sobre el objeto del derecho administrativo que cada vez resulta más difícil limitar a las relaciones entre una Administración con naturaleza jurídico-pública y los ciudadanos. Las nuevas formas de prestación de los servicios

públicos exigen una actualización de este derecho para evitar que pierda su indiscutible carácter garantista.

En este estudio se intentará analizar todos estos problemas.

Capítulo 1

EL FENÓMENO DE LA PRIVATIZACIÓN. ANÁLISIS DE UN CONCEPTO

1.1. INTRODUCCIÓN. LA “PRIVATIZACIÓN” COMO UN CONCEPTO CONFUSO.

En los últimos treinta años el fenómeno de la privatización ha adquirido un papel predominante en la economía mundial y, como tal, es objeto de análisis por el derecho.

Se trata no solo de un concepto complejo sino especialmente difuso y polisémico que engloba diversas actuaciones por las que una actividad pasa del sector público al privado. Como destaca PONCE SOLÉ¹ estamos en presencia de un concepto “*equivoco*” que aparece “*envuelto en una nebulosa conceptual*” y para SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO² se trata de una referencia que expresa con frecuencia realidades del todo heterogéneas en tanto que GASPAR ARIÑO³ no duda en calificarlo de “*palabra mágica*” que encarna en sí misma un verdadero “*tournant de l'histoire*”. En realidad, como afirma OSSENBÜLH⁴ quien desee hablar de privatización debe comenzar por definir el concepto.

Para ARIÑO⁵ se trata de sustituir el viejo modelo del Estado administrativo-burocrático y gestor directo por un nuevo tipo de Administración en la que una multiplicidad de organizaciones, tanto gubernamentales como privadas así como el denominado tercer sector, asumirían la gestión de servicios con financiación y control del Estado. Ya no se trata de una mera vuelta a la concesión, al concierto o la empresa mixta, sino que el nuevo Estado puede denominarse “*Estado contractual*”⁶.

1.1.1. Una justificación económica para un fenómeno sociológico y global.

¹ PONCE SOLÉ J, “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”, *Revista de Administración Pública*, nº 139, enero-abril 1996, págs.345 y ss.

² MARTÍN-RETORTILLO S, “Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 39, julio-septiembre 2000, págs. 13-24.

³ ARIÑO G, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en “*Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*”, Iustel, Madrid, 2011, pág. 744.

⁴ OSSENBÜLH F, “Informe sobre la República Federal de Alemania. La Administración en la forma jurídica privada y a través de entidades privadas”, *Autonomies*, núm. 15, diciembre 1992, pág. 347.

⁵ ARIÑO G, “El retorno a lo privado. Ante una nueva encrucijada histórica”, en *Lecciones de Administración*”, *op.cit.* pág. 830.

En este sentido conviene recordar que, en la actualidad, la contratación pública alcanza una cantidad en torno al 18,5% del PIB español lo que supone una cifra de 194.000 millones de euros anuales (datos extraídos del “*Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*” redactado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 5 de febrero de 2015).

⁶ Anticipándose así a lo que la doctrina anglosajona ha denominado “*government by contract*”.

A la ausencia de definiciones legales y a las múltiples formas de privatización se suma un uso político del término, tanto por parte de quienes consideran la privatización un elemento esencial para garantizar la libertad de empresa e incluso libertades individuales como de quienes consideran que es una política que busca acabar con las conquistas sociales.

El fenómeno privatizador se apoya en las teorías económicas de corte neoliberal que consideran que el Estado ha de abstenerse de intervenir en la vida económica. Así FRIEDRICH A. HAYEK⁷ considera que, si bien el Estado ha de prestar o alentar ciertas actividades, en la mayoría de los casos “*dichos servicios, por lo general, quedarán mejor atendidos si los poderes públicos se limitan a soportar total o parcialmente su costo encomendando su gestión a entidades privadas que hasta cierto punto compitan entre sí*”.

Ahora bien, este autor no considera tan primordial la privatización como, posteriormente, lo hará MILTON FRIEDMAN quien considera que el gobierno, al asumir numerosas tareas que no le corresponden las presta de una forma deplorable, en tanto que debería limitarse a la defensa exterior, a la seguridad pública, a las funciones legislativas y a las judiciales⁸.

Para estas teorías existen una serie de argumentos a favor de las privatizaciones que podrían agruparse en los siguientes⁹:

- Aumento de la eficiencia¹⁰ puesto que se considera que el sector público adolece de escasa eficiencia, competitividad a nivel internacional, capacidad de innovación tecnológica y dinamismo empresarial.
- Necesidad de una mayor competencia en el mercado. Al eliminar o restringir la

⁷ HAYEK A. F. “*Los Fundamentos de la Libertad*”, Unión Editorial, Madrid, 1996, pág. 643.

⁸ FRIEDMAN MILTON, “Why Government is the Problem”, *Essays in Public Policy*, nº 39, Hoover Institution Press, Stanford, California, 1993.

⁹ BILBAO UBILLOS J, “La privatización, concepto, objetivos y procedimientos”, en GÓNZALEZ DE LA FE P, RENDEIRO MARTÍN-CEJAS R (coords.), “*Políticas de Privatización. Aspectos teóricos, experiencias y casos prácticos.*”, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 18-31. En términos similares, SÁNCHEZ CARREIRA M C, “*Una visión crítica del proceso de privatizaciones en la economía española*”, *Comunicación a las VIII Jornadas de economía crítica sobre la globalización, regulación pública y desigualdades*: Valladolid, 28 de febrero al 2 de marzo de 2002.

¹⁰ Curiosamente, el artículo 138 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, establece como fines del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado: “*a) Promover la eficiencia y economía en la gestión de las sociedades o entidades. b) Identificar e informar a los ciudadanos y al mercado de las obligaciones vinculadas a los servicios de interés general que las leyes u otras disposiciones impongan a las empresas públicas, así como de los costes asociados a estas obligaciones. c) No falsear la competencia, evitando distorsiones en el mercado derivadas de la actividad empresarial con las especificidades aplicables a las obligaciones de servicio público. d) Promover la fijación de estándares de buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.*” Es decir, atribuye al patrimonio empresarial público los mismos fines que persigue la privatización de actividades públicas

competencia las empresas públicas perjudican en última instancia a los consumidores.

- Mejora de las finanzas públicas al obtener ingresos como consecuencia de la enajenación de las participaciones empresariales y al mismo tiempo se reduce el gasto en empresas públicas deficitarias.

- Creación de un capitalismo popular¹¹ al poder participar los trabajadores y el conjunto de los ciudadanos en el proceso privatizador cuando se realiza mediante ofertas públicas de venta de acciones.

- Ampliación de los mercados de capitales al incrementar el número de inversores y la capitalización de esos mercados.

- Conveniencia de abrir a los inversores privados nuevos campos de inversión tradicionalmente restringidos por la intervención del Estado¹² (vgr. tabacos, petroleras, líneas aéreas, etc.).

- Mayor implicación de los trabajadores en la actividad empresarial al utilizar en las privatizaciones mecanismos como los bonos de *staff* o tramos de ofertas públicas de venta reservados para los trabajadores.

En cualquier caso, no es solo un concepto que deba analizarse desde el punto de vista jurídico, sino que, junto a su evidente conexión con la economía política, plantea importantes problemas tanto para la política como para la sociología.

Así BEATRICE HIBOU¹³ considera que en las privatizaciones no existe en realidad un mayor poder de los particulares sino una reestructuración del poder político que se reinventa para eludir controles y responsabilidades. No es tanto una reducción de lo público como una nueva correlación de lo público y lo privado en lo que puede considerarse incluso como un mayor intervencionismo del Estado.

¹¹ Para UBALDO NIETO el capitalismo popular al permitir el acceso de numerosas personas a la propiedad, además de cumplir lo dispuesto en los artículos 33 y 133 de la CE permite garantizar la libertad y eficacia en un orden de convivencia democrática. Vid. NIETO DE ALBA U, “El capitalismo popular como estabilizador social”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 33, septiembre-diciembre 1980, págs. 609-618.

¹² El artículo 86 del Tratado de Roma somete a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal a las normas del Tratado, en especial a las normas sobre competencia en cuanto tales normas no impidan el cumplimiento de la misión que tengan confiada.

¹³ HIBOU B, “*De la privatización de las economías a la privatización de los Estados. Análisis de la formación continua del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

De la misma opinión es GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴ para quien la privatización se ha de englobar en un fenómeno a escala internacional, adquiriendo un notable papel entidades privadas que carecen de legitimación democrática siendo irresponsables ante cualquier órgano de la soberanía popular. Para este autor estamos no tanto ante una debilitación del Estado sino ante un cambio en sus roles.

En este sentido, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO¹⁵ destacó en 1996 que en torno a la privatización se estaba construyendo una auténtica ideología dando lugar a fórmulas que conducen a un inequívoco debilitamiento del Estado y de los Poderes públicos en general.

IGNACIO SOTELO¹⁶ engloba los fenómenos privatizadores en ámbitos como la sanidad y las pensiones en el marco de una crisis y declive del Estado social frente a la cual la izquierda tradicional reacciona abundando en mecanismos burocráticos que olvidan de un lado el origen conservador del Estado social (Bismarck) y la ineficacia de tales mecanismos por lo que defiende que ha de buscarse modelos alternativos en la prestación de servicios públicos mediante una democratización que los arranque de la burocracia estatal.

En suma, nos encontramos ante un fenómeno que desde los años 80 del pasado siglo ha alterado profundamente los planteamientos económicos, sociológicos y políticos de los Estados exigiendo, lógicamente, un replanteamiento de muchas de sus instituciones jurídicas para dar respuestas a los nuevos problemas que plantea el ejercicio por los sujetos privados de funciones tradicionalmente ejercidas por los poderes públicos.

1.1.2. La privatización en el derecho administrativo español.

Partiendo de la definición de la Real Academia Española¹⁷ de “*privatizar*” como “*transferir una empresa o actividad pública al sector privado*” la doctrina española viene entendiendo que es un concepto que admite diversas formas en la práctica.

Así se distingue una privatización “*formal*” (GONZÁLEZ-VARAS¹⁸, RIVERO ORTEGA¹⁹) en la cual la Administración utiliza las formas y medios del derecho privado

¹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA J V, “*Globalización económica y Estado*”, HG editores, libro electrónico, enero 2015.

¹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S, “*El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*”, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 158-159.

¹⁶ SOTELO I, “*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*”, Trotta, Madrid, 2010, págs. 373-374.

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la lengua española*”, 23ª edición, Espasa, Madrid, 2014.

¹⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S, “El concepto y las formas de privatización”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº 7, 2001, págs. 77-102.

¹⁹ RIVERO ORTEGA R, “*Derecho Administrativo Económico*”, 6ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 33.

como instrumento para conseguir sus fines, la Administración pasa a utilizar formas jurídico privadas tales como las sociedades mercantiles o las fundaciones o incluso a crear organismos públicos que actúan sometidos a derecho privado como es el caso de los entes de derecho público sometidos al derecho privado contemplados en los artículos 68-70 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración institucional de la Comunidad de Madrid o las entidades públicas empresariales previstas en los artículos 53-60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y en los artículos 103-108 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público que deroga a la anterior una vez entre en vigor.

La doctrina en este punto suele coincidir en destacar que no se trata de una verdadera privatización sino del fenómeno de la denominada "*huida del derecho administrativo*" que, bajo el pretexto de una supuesta mejora en la eficacia²⁰ de la gestión, en realidad tratan más bien de eludir los controles y requisitos del derecho público²¹.

No obstante, y a los efectos de este estudio, será oportuno admitir esta utilización del derecho privado como uno de los supuestos posibles de privatización en cuanto, como veremos, plantea problemas similares a los de otras formas de privatización al analizar la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Administración a través de estas fórmulas jurídico-privadas.

Otra forma de privatización es la denominada "*material*" que para RIVERO ORTEGA consiste en la transferencia de la gestión de los servicios públicos que, en cuanto actividades materialmente administrativas, pasan al sector privado.

Por el contrario, GONZÁLEZ-VARAS²² utiliza ese adjetivo para calificar aquellos supuestos en los que la Administración procede a transferir al sector privado empresas, participaciones o unidades de negocio que permanecían en el sector público.

Para este autor esta modalidad de privatización podría calificarse como la "*auténtica*" en cuanto es, además, la única que en el derecho español cuenta con un respaldo jurídico como es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 que, en su apartado 5º,

²⁰ CARMEN CHINCHILLA califica esta actuación como un "*travestimiento*" del poder público en persona jurídico-privada. Vid. CHINCHILLA MARÍN C, "Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa", en "*Panorama de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*", (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J, DEL GUAYO CASTILLA I, dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pág. 305.

²¹ Como se expondrá posteriormente al abordar las empresas públicas y la huida del derecho administrativo.

²² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S, "El concepto y las formas de privatización", *op.cit.* pág.78.

entiende por privatización a los efectos de ese acuerdo la *"transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trata"*. La consideración de esta transferencia al sector privado como la verdadera modalidad de privatización, por más que se la denomine como privatización *"sustancial"* es acogida por BILBAO UBILLOS y DE HOCES ÍÑIGUEZ²³. Para el último autor este sería el concepto más técnico de privatización, además de ser el único *"concepto técnico-jurídico"* al coincidir con el recogido por el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros.

TRONCOSO REIGADA²⁴ sobre la base de la experiencia alemana distingue entre:

a) Privatización material de la actividad o privatización de tareas que consistiría en que una actividad deja de ser estatal para permitir la titularidad de particulares (*despublicatio*) que considera una falsa privatización porque el Estado suele incrementar sus facultades de regulación.

b) Privatización de la gestión o funcional –privatización del desempeño de tareas– en la que la competencia sigue recayendo en el sector público pero su ejecución se encomienda a un sujeto de derecho privado que actúa como auxiliar de la Administración.

c) Privatización del patrimonio que consiste en privatizar empresas con ánimo de lucro que no realizan una actividad de servicio público sino una actividad económica libre en competencia con los particulares. A diferencia de la privatización material no sería una desestatalización por reducción del desempeño de tareas por parte del Estado sino una disminución de la presencia de los poderes públicos en la economía.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ²⁵ entiende que es necesario lograr un máximo acuerdo sobre la terminología a usar y considera que se podría distinguir entre un concepto de privatización muy amplio y genérico que podría *"(...) referirse a cualquier cambio o proceso que conduzca a poner en manos privadas (...) actividades u organizaciones –empresas– antes en mano pública"* y otro concepto referido a la utilización del derecho privado por entidades

²³ DE HOCES ÍÑIGUEZ J R, "Patrimonio de las Administraciones Públicas" en el libro *"Problemas Actuales del Derecho Administrativo. Anuario 2014"*, (REVUELTA GIRELA M A, coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

²⁴ TRONCOSO REIGADA A, *"Privatización, Empresa Pública y Constitución"*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

²⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, "Nuevo sistema conceptual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999, págs. 133-152.

u organismos públicos que venían sujetándose al derecho público, el fenómeno de la huida del derecho administrativo que califica de “*pseudoprivatización*”.

A su vez considera que, dentro de la privatización que podría calificarse como real o sustantiva, habría que diferenciar entre privatización de la empresa²⁶, privatización del servicio y privatización de la gestión si bien considera que esta última es una aplicación “*equivoca*” del término privatización puesto que toda gestión indirecta de un servicio público no es sino una colaboración con la Administración²⁷.

Para ZAMBONINO PULITO²⁸ la utilización del término para los supuestos de gestión indirecta de la sanidad es incorrecta desde un punto de vista técnico puesto que la condición pública del servicio se mantiene, respondiendo más bien a motivos ideológicos.

Se posiciona así entre los autores que consideran que la titularidad pública del servicio impide hablar de privatización.

GONZÁLEZ GARCÍA²⁹ califica la privatización como un “*concepto polisémico de debilitamiento público*” y distingue tres planos en los que actúa:

- a) Enajenación de empresas públicas;
- b) Sustitución del derecho administrativo por el privado; y
- c) Socialización de costes y privatización de beneficios.

El fenómeno de la privatización ha sido objeto de una especial atención por parte de GASPAR ARIÑO que entiende que en la privatización subyace tanto un significado político (con un doble contenido referido tanto al cambio de modelo social y estatal como mecanismo para lograr ingresos y una mayor eficacia en la prestación de bienes y servicios) como un significado jurídico en el que se englobaría la venta de propiedades del Estado, la utilización por el Estado de formas privadas de gestión dando lugar a la huida del derecho administrativo que califica como una “*falsa privatización*” y lo que considera este autor como principal

²⁶ Entendiendo por tal el supuesto de la empresa pública que se traspasa a sujetos privados manteniéndose la titularidad pública del servicio.

²⁷ Este autor ya rechazaba en un trabajo anterior el calificar como privatización los supuestos en los que el Estado contrata o concede la gestión indirecta del servicio público puesto que ello no altera la titularidad pública del servicio que sigue siendo público, en tanto que “*privatizar*” supone devolver el ejercicio de un servicio a los ciudadanos como un derecho inherente a sus libertades. Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “La regulación económica en España”, en ARIÑO G, DE LA CUÉTARA J M, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “*El nuevo servicio público*”, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 194-195.

²⁸ ZAMBONINO PULITO M, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios ¿huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, 2016.

²⁹ GONZÁLEZ GARCÍA J, *op.cit.*, pág. 58.

característica/bondad de la privatización como es el “*devolver*” a la sociedad tareas o servicios gestionados por el Estado que pasan a serlo por particulares³⁰.

Realmente, la privatización es, como se ha expuesto, un fenómeno jurídico global lo cual, para algún autor, ha contribuido a disminuir su carga política³¹ centrándose su estudio en los problemas que plantea la atribución de funciones tradicionalmente públicas a entidades privadas. Así, en el derecho anglosajón se ha prestado una gran atención (por razones muy distintas a las de los ordenamientos continentales) a la privatización, en lo que se ha denominado “*Government by contract*” o “*outsourcing*” en cuanto sería una suerte de subcontratación o externalización del Estado con el sector privado.

GILLIAN E. METZGER³², tras calificar la privatización como una obsesión nacional, la define de una manera pragmática como “*government use of private entities to implement government programs or to provide services to others on the government’s behalf*” y afirma que, si los particulares determinan el contenido y la implantación de los estándares de actuación en un campo de actividad, sus decisiones representan el ejercicio del poder gubernamental en cuanto ejercicio unilateral de autoridad sobre otros.

STARR³³ distingue cuatro formas de privatización. La primera se produciría cuando el Estado deja de prestar un servicio o reduce su ámbito de prestación de tal forma que es el sector privado quien pasa a prestar tales servicios. La segunda sería una privatización explícita mediante la venta de activos públicos al sector privado. La tercera forma sería dejar de prestar un servicio directamente y encomendarlo a entidades privadas mediante su externalización (*contracting-out*) o mediante cupones (*vouchers*). Finalmente, también considera privatización la eliminación de monopolios y la admisión de empresas privadas en un sector mediante su desregulación.

El fenómeno de la privatización responde así a un concepto todavía más genérico como es el de la externalización, concepto que tanto la doctrina italiana³⁴ como la española³⁵

³⁰ Coincide así con la opinión de MARTÍNEZ-MUÑIZ en cuanto a que en realidad la privatización supone una forma de restitución a la sociedad de funciones y actividades que habían sido asumidas por el Estado.

³¹ SÁNCHEZ CARREIRA, *op.cit.* Opinión discutible por cuanto la privatización aparece constantemente en los debates políticos.

³² METZGER G E, “Privatization as delegation”, *Columbia Law Review*, Vol. 103, núm. 6. (Oct, 2003), págs. 1367-1502.

³³ STARR P, “The meaning of privatization”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 6, núm.1, 1988, págs. 16-17.

³⁴ NAPOLITANO GIULIO, “La Pubblica Amministrazione e le regole dell' esternalizzazione”, en *Le Esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli Amministrativisti italo-spagnoli*, (Mignone C (coord.), Bononia University Press, Bolonia, 2007, pág. 17.

destacan que no es propiamente jurídico sino que proviene de la ciencia de la organización y sirve para describir un proceso de transferencia al exterior de competencias y actuaciones desarrolladas previamente en el interior de una organización, siendo un fenómeno común tanto a organizaciones privadas como públicas.

Para DI MAURO MAZZA³⁶ la externalización no sería propiamente una forma de privatización ya que estaríamos no ante una sustitución del derecho público por el privado sino ante una hibridación de ambos derechos.

BASSOLS COMA cita la definición que, de la externalización en las Administraciones públicas, ha propuesto la OCDE³⁷ en cuanto sería aquella práctica por la que los poderes públicos contratan proveedores del sector privado para la prestación de servicios a los ministerios y organismos públicos o directamente a los ciudadanos.

1.2. EL ESPÍRITU EMPRESARIAL EN EL SECTOR PÚBLICO. DEL *NEW PUBLIC MANAGEMENT* A LA GOBERNANZA.

Si bien puede decirse que la Administración pública por su vinculación a los poderes público está en continua evolución ya que está condicionada por las ideas políticas del gobierno, las décadas de los 80 y 90 del pasado siglo abrieron paso a una corriente renovadora de la Administración que se denominó como el “*new public management*” y que entendía que era posible solucionar un gran número de las ineficiencias del sector público con la aplicación de técnicas habitualmente usadas en el derecho privado.

En los orígenes de esta teoría se pueden encontrar, como destaca GRUENING³⁸, una base política o práctica como fueron los gobiernos de Margaret Thatcher, diversos entes locales en los Estados Unidos y, más tarde, Nueva Zelanda y Australia y, de otro lado, una base teórica como fue en primer lugar la teoría de la “*public choice*” de JAMES

³⁵ BASSOLS COMA M, "La externalización, tendencias en el Derecho Administrativo español", *Le Esternalizzazioni*, *op. cit.* pág. 243.

³⁶ DI MAURO MAZZA, “Le privatizzazioni nel processo di trasformazione del diritto amministrativo. Alcune osservazioni al tempo della crisi economico-finanziaria globale”, en “*Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*”, (Piñar Mañas J L, coord.), Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 496.

³⁷ OCDE, “*La modernización del Estado: El camino a seguir*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, pág.158. Como destaca BASSOLS la traducción española utiliza el término subcontratación lo cual reflejaría la diversidad terminológica. Habida cuenta que en el derecho administrativo español la subcontratación se refiere a la posibilidad de que los contratistas contraten con terceros la realización parcial de las prestaciones del contrato (art. 227 TRLCSP) no creemos que sea una utilización correcta del término.

³⁸ GRUENING G, “Origin and theoretical bases of New Public Management”, *International Public Management Journal*, núm.4, 2001, págs. 1-25.

BUCHANAN. Esta última considera que los votantes tienen una minúscula participación en la toma de decisiones políticas a lo que se suma la incompleta información de la que disponen lo cual les conduce en gran medida a alejarse de la política de tal forma que las decisiones políticas son tomadas por grupos de burócratas y políticos que actúan en beneficio no de un supuesto interés común sino por sus propios intereses lo cual conduce a un exceso de gasto y a la ineficiencia. Estas y otras teorías condujeron a una crítica de lo que se consideraba un aparato burocrático ineficiente que dio paso a una concepción empresarial de cómo debía actuar el poder público.

Así OSBORNE y GAEBLER³⁹ publicaron en 1992 un ensayo sobre la reinención del Gobierno en el que se defendía la introducción de un espíritu empresarial en el sector público. En concreto se defendía el que el Gobierno debía actuar con arreglo a principios distintos de los tradicionales tales como la competitividad, actuar por objetivos y resultados, atender al cliente-ciudadano y no al burócrata, evitar el gasto desmedido actuando con previsión y de forma descentralizada y, por último, utilizar los mercados para lograr resultados.

Este y otros ensayos movieron a la Administración Federal norteamericana a estudiar la introducción de este tipo de técnicas y así el Presidente Clinton creó en 1993 la *National Performance Review* que dio lugar al denominado Informe GORE⁴⁰ que se basaba en cuatro grandes ejes. En primer lugar “*reducir el papeleo*”, esto es depurar el procedimiento presupuestario, mejorar las compras públicas y descentralizar la política de personal, reducir los reglamentos, reorientar los Inspectores generales y descentralizar a los gobiernos estatales y locales; en segundo lugar mejorar la situación del “*cliente*” dándoles participación, introduciendo mecanismos competitivos y de mercado; en tercer lugar en política de personal descentralizar, responsabilizar y dotar de medios a los empleados públicos así como crear un liderazgo eficiente; y en cuarto lugar reducir la actuación del Gobierno a lo esencial, incrementar los ingresos y la inversión en productividad y redefinir los programas públicos.

Para GRUENING gran parte de estos criterios ya habían sido expuestos con anterioridad de tal forma que el *New Public Management* aparece como un sistema que responde a un concreto contexto político, social y económico y si bien las técnicas del *New Public Management* fueron asumidas y promovidas por la OCDE lo cierto es que como señala

³⁹ OSBORNE D, GAEBLER T, “*La reinención del gobierno: La influencia del espíritu empresarial en el sector público*”, Paidós, Barcelona 1994.

⁴⁰ GORE A, “*Un Gobierno más eficiente y menos costoso. Informe de la National Performance Review*”, Edamex, México, 1994.

HOOD⁴¹ la implantación de estas técnicas ha sido muy desigual lo que considera responde a diversas razones de tipo cultural, político, fiscal, económico y organizativo.

Como es lógico esta teoría cuenta con importantes detractores. Así DIEFENBACH⁴² considera que en realidad ha introducido en el sector público los mismos vicios que critica en cuanto su implantación ha precisado más normativa, mayor burocracia, centralización y jerarquización así como un elevado grado de frustración en los empleados públicos, sustituyendo en suma valores públicos (ciudadanía, bienestar, igualdad, representatividad, responsabilidad) por otros privados (competitividad, consumismo, calidad-precio, eficiencia, estilo empresarial).

Recientemente, HOOD y DIXON⁴³ consideran que evaluando en 2015 los resultados tras treinta años de NPM se puede observar un incremento de las reclamaciones con un incremento del coste del 40% así como una reducción del personal público en un tercio. Ello les permite concluir que el gobierno trabaja un poco peor y cuesta un poco más, lo que se aleja de las expectativas de los defensores y detractores de esta política.

Además de las críticas que se puedan efectuar respecto a los resultados que pueda tener este tipo de políticas ha de añadirse que su implantación plantea problemas jurídicos que para BERTELLI⁴⁴ suponen una reconsideración de los presupuestos del derecho administrativo. Si bien este autor lo plantea desde la visión del derecho británico a la misma conclusión se ha de llegar en los derechos de corte continental como el español.

De esta forma ha surgido un nuevo concepto como es de la gobernanza como una suerte de metaconcepto que para PRATS I CATALÁ⁴⁵ supone una nueva forma de gobernar, superadora del tradicional esquema jerárquico, que implica por igual la participación de las instituciones públicas, privadas y del tercer sector, en la resolución de problemas que afectan al interés general.

⁴¹ HOOD C, "The "new public management in the 1980s: Variations on a theme", *Accounting, Organizations and Society Administration*, Vol. 20, num.2/3, 1995, págs. 93-109.

⁴² DIEFENBACH T, "New public management in public sector organizations: The dark sides of managerialistic 'enlightenment'", *Public Administration*, Vol. 87, núm. 4, 2009, págs. 892-909.

⁴³ HOOD C, DIXON R, "What we have to show for 30 years of New Public Management: Higher costs, more complaints", *Governance*, Vol.28, Iss.3, 2015, págs. 265-267.

⁴⁴ BERTELLI A M, "Law and Public Administration", en "*The Oxford Handbook of Public Management*", (FERLIE E, LYNN L E, POLLITT C, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2007, págs. 133-155.

⁴⁵ PRATS I CATALÁ J, "*De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

Este concepto ha sido asumido por la propia Comisión Europea que ha publicado el llamado Libro Blanco de la Gobernanza⁴⁶ basado en cinco puntos:

1) apertura: las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones;

2) participación: conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas

3) responsabilidad: es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido;

4) eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiados, y éstas deben producir los resultados buscados; y

5) coherencia: a políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia.

Con independencia de su calificación como nueva gestión pública o como gobernanza lo cierto es que las nuevas formas de gestión de los servicios públicos se han implantado a través de la externalización de servicios, la creación de entes sometidos al derecho privado para desarrollar políticas públicas, la liberalización de actividades y la privatización de empresas públicas.

Para COSTAS COMESAÑA⁴⁷ asistimos a un incremento de las formas mixtas de prestación de público-privada y a una intensificación de la regulación pública de estándares de calidad del servicio y de las obligaciones públicas, mostrando las encuestas que lleva a cabo la Unión Europea un claro deseo de los ciudadanos en cuanto a que los gobiernos tengan un importante papel a la hora de garantizar la calidad del servicio y la seguridad del suministro, haciendo responsables a los gobiernos de los fallos en la prestación de tal forma que, para este autor, estamos ante “*falsas privatizaciones*”.

En realidad, un aspecto clave de toda política de gestión pública, ya sea burocrática o gerencial, consiste en proveer el máximo nivel de calidad del servicio. Como es obvio, hay casos en los que tal calidad no se logra y el particular puede experimentar daños patrimoniales, físicos e incluso morales, siendo imprescindible que el ordenamiento jurídico establezca una respuesta clara a la hora de establecer la responsabilidad por estos daños y el

⁴⁶ DOUE, 12 de octubre de 2001, COM (2001) 428 final.

⁴⁷ COSTAS COMESAÑA A, “De consumidor a ciudadano: El papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos”, *Información Comercial Española*, núm. 836, mayo-junio 2007, págs. 33-50.

cauce para su reclamación. El artículo 106. 2 de la CE claramente inspirado en el sistema de la LEF de 1954 establecía un cauce para tal exigencia en una Administración de corte burocrático. El problema estriba en determinar si las nuevas técnicas de gestión encajan en ese sistema.

1.3. LA PRIVATIZACIÓN EN ESPAÑA.

1.3.1. Del siglo XIX a las reformas de López-Rodó.

En España la privatización parte de una premisa básica como es el que, a diferencia de otros países, el sector público (por más que se crea lo contrario) no ha tenido nunca el mismo peso en la economía que en otros países de Europa.

Tras el fracaso de la mayoría de las reales fábricas que se implantaron en el siglo XVIII⁴⁸, el sector público económico español se basó únicamente en la existencia de una serie de monopolios fiscales (tabaco, combustibles).

El liberalismo económico del siglo XIX es patente en normas como la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 14 de octubre de 1845⁴⁹, obra del ministro Pedro José Pidal, que establecía –artículo 5– la ejecución de las obras públicas por empresa (concesión), contrata o por administración (ejecución directa), declarando –artículo 6– como preferente la ejecución por contrata "*siempre que haya fondos suficientes*".

No obstante, el texto legal del liberalismo español más favorable a la iniciativa privada frente a la pública es el famoso Decreto de Bases para la legislación de Obras Públicas de 14 de noviembre de 1868⁵⁰ en el que, el gobierno surgido tras la Revolución Gloriosa, por medio de este Decreto promovido por el ministro Manuel Ruiz Zorrilla y redactado por José de Echegaray, afirma que rechaza el intervencionismo estatal puesto que anula las restantes fuerzas de la nación en lo que llama "*el momento del absolutismo gubernamental, es la concentración de todas las fuerzas en la unidad, es, por decirlo así, el panteísmo administrativo*". Frente a este estado de cosas, el Decreto considera que debe limitarse la actuación del Estado de tal forma que este "*(...) depuestas sus pretensiones de industrial, no*

⁴⁸ HERR R, "*España y la revolución del s. XVIII*", Aguilar, Madrid, 1988, pág. 104. HERR destaca que si bien estas fábricas eran comunes en Europa no alcanzaron éxito en ningún sitio.

Para MIGUEL ARTOLA las Reales Fábricas no pretendieron crear un sector industrial de carácter público y de hecho no llegaron a entrar en competencia con las privadas. Vid. ARTOLA M, "Transformación económica", en "*Carlos III y la Ilustración*", (IGLESIAS C, dir.), Ministerio de Cultura-Lunwerg, Barcelona, 1988, pág. 140.

⁴⁹ ROSADO PACHECO S, "La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 184 (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXX, 2010, págs. 690-711.

⁵⁰ Gaceta de Madrid de 16 de noviembre de 1868. Vid. FRAX ROSALES E, "Las leyes de bases de Obras Públicas en el siglo XIX", *Revista de Estudios Políticos*, nº 93, julio-septiembre 1996, págs. 513-528.

hace ya, no impide que los demás hagan, y entre los individuos y las asociaciones, que funcionan en toda la plenitud de su autonomía, se conserva neutral para mantener derechos y administrar a todos recta e imparcial justicia".

Ello explica que el sector público de un Estado acosado por una gran inestabilidad política, guerras civiles internas y revueltas coloniales no alcanzase una especial importancia en la economía española hasta la Ley de 25 de septiembre de 1941 cuando, en el marco de un sistema político autoritario y una política económica autárquica, se crea el Instituto Nacional de Industria, adoptándose ese mismo año la decisión de nacionalizar la red ferroviaria en manos de concesionarias privadas por la situación ruinoso de estas mediante la Ley de 24 de enero de 1941 de Bases de la Ordenación Ferroviaria y de los Transportes por carretera. En 1945 el Estado procede a tomar el control (79,6% del capital) de Telefónica, hasta entonces bajo el control de la estadounidense ITT.

En el ámbito local la municipalización de servicios no tuvo la misma importancia que en otros países. Como señala MAGALDI MENDAÑA⁵¹ el retraso en la industrialización española dio lugar a que los municipios no se planteasen la asunción de servicios públicos de tal forma que, con escasos precedentes, no fue sino hasta el Estatuto municipal de Calvo Sotelo aprobado por Real Decreto Ley de 8 de marzo de 1924 cuando se establecieron las bases legales adecuadas para esa municipalización que aparecía recogida expresamente en el artículo 150.6 del citado Estatuto, siendo, como destaca ORDUÑA REBOLLO⁵² una más de las innovaciones de un texto de muy aceptable perfección técnica pero inutilizado por los encargados de su aplicación que no creían en él.

La doctrina española comienza a plantearse la posible municipalización de servicios con autores como GONZÁLEZ POSADA⁵³ que defienden una nueva concepción del municipio en cuanto comunidad de la vida local llamada a satisfacer como tal comunidad las necesidades generales de sus miembros, teniendo en cuenta que este autor consideraba como uno de los rasgos característicos del nuevo Estado su política social que permite lograr un mayor nivel de justicia, fin supremo y permanente del Estado⁵⁴.

⁵¹ MAGALDI MENDAÑA N, *“Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos”*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

⁵² ORDUÑA REBOLLO E, *“Historia del municipalismo español”*, Iustel, Madrid, 2005. El autor destaca la colaboración en la redacción del Estatuto de Gil Robles, Vallellano, Jordana de Pozas, Pi i Sunyer y Guardiola.

⁵³ GONZÁLEZ POSADA Y BIESCA A, “Municipalización de servicios” en POSADA A, *“Escritos municipalistas de la vida local”*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, pág. 271

⁵⁴ GONZÁLEZ POSADA Y BIESCA A, *“La crisis del Estado y el Derecho Político”*, Editorial Reus, Madrid, 2010, págs. 85-86.

Ahora bien, el gran defensor de la municipalización en la doctrina de la época es GASCÓN Y MARÍN que considera que puede actuar como un mecanismo para ejercer una misión protectora respecto de las clases más desfavorecidas y el ejercicio directo por el Municipio se llevaba a cabo sobre ciertas actividades que se consideran de carácter general y colectivo. Desde una visión más pragmática Calvo Sotelo consideraba que la municipalización mejoraría la situación económica de los municipios al asumir actividades generadoras de ingresos.

GASCÓN⁵⁵ analizó los problemas que la municipalización de servicios planteaba en Francia en la que la jurisprudencia del Consejo de Estado rechazaba la posibilidad de intervención pública que quedaba supeditada a la presencia de un interés general y a la ausencia de iniciativa privada⁵⁶. Por ello y tomando como modelo la *Legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi* de 29 de marzo de 1903⁵⁷ se mostró partidario de que los municipios pudieran municipalizar servicios si bien con determinadas cautelas como el tener en cuenta la población de los municipios y con una enumeración legal de aquellos servicios que el legislador consideraba conveniente municipalizar por lo que consideraba claramente insuficiente la entonces vigente Ley Municipal y Provincial de 2 de octubre de 1877.

Como destaca MAGALDI MENDAÑA⁵⁸ la ley italiana influyó notablemente en los intentos reformadores de la legislación municipal española tanto los intentos frustrados⁵⁹ de Antonio Maura de 1903 y 1907, el proyecto de ley de haciendas municipales de Augusto González Beslada⁶⁰ de 1905 como el proyecto de José Canalejas de 1913. Todos estos proyectos no llegan a aprobarse, pero influyeron notoriamente en el Estatuto de Calvo Sotelo que, conviene recordar, inició su actuación en política dentro del Maurismo⁶¹.

⁵⁵ GASCÓN Y MARÍN J, “*Municipalización de servicios públicos*”, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1904.

⁵⁶ Así la ausencia de médico en un pueblo justificaba el que las autoridades administrativas interviniesen para proteger la salud pública (Arrêt *Bonnardot* de 7 de agosto de 1896) en tanto que si había iniciativa privada ya no era necesario (Arrêt *Casanova* de 29 de marzo de 1901).

⁵⁷ MAGALDI MENDAÑA N, “La Legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi de 1903 y el origen de la municipalización de servicios en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, enero-abril 2013, págs. 405-445.

⁵⁸ MAGALDI MENDAÑA N, “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: En particular, la recepción de la doctrina extranjera por el Profesor GASCÓN y Marín”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012, págs. 165-219.

⁵⁹ Llegaron a presentarse a las Cortes veinte proyectos de ley municipal. Vid MARTÍNEZ MARÍN A, “*La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*”, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 79.

⁶⁰ Ministro de Hacienda en dos ocasiones y también Ministro de Fomento en gabinetes presididos por Antonio Maura por lo que su proyecto puede englobarse en los intentos mauristas de regeneración política.

⁶¹ Vid. BULLÓN DE MENDOZA A, “*José Calvo Sotelo*”, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 125-161 referidas a la etapa de Calvo Sotelo como director general de Administración Local, en concreto se destacan como antecedentes del Estatuto Municipal los trabajos de Calvo en la cátedra de Adolfo Posada.

El Estatuto tuvo la virtud, como afirma MONTOYA MARTÍN⁶², de plantear “dos cuestiones fundamentales de rabiosa actualidad”; de un lado el nexo íntimo entre las competencias que el ordenamiento atribuye a la Administración y la posibilidad de optar por fórmulas que suponen un sometimiento al derecho privado y; de otro, las fricciones que esa remisión plantea tanto en el ámbito del derecho privado como en el del público que efectúa esa remisión.

La línea iniciada por el Estatuto tuvo una clara continuidad con la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935⁶³ en la que su artículo 142.3 establecía que “*En todos los servicios municipalizados las contiendas entre el Ayuntamiento y los usuarios se consideraran administrativas*”. Para MONTOYA MARTÍN⁶⁴ el precepto abría las puertas a la unidad de jurisdicción concentrando en la jurisdicción contenciosa todas las disputas⁶⁵ entre los usuarios y la Administración con independencia del modo de gestión elegido.

No obstante, la situación política y económica de los años posteriores al Estatuto determinó que los Ayuntamientos apenas hicieran uso de esa facultad y no fue sino hacia los años 50 y 60 del siglo XX cuando los Ayuntamientos, más que municipalizar servicios, procedieron a implantar los servicios de prestación obligatoria que les imponía la normativa de régimen local⁶⁶.

Así ALBI CHOLBI⁶⁷ consideraba en 1947⁶⁸ que la competencia municipal es ilimitada de tal forma que todas las finalidades de interés general, en cuanto signifiquen una necesidad social y se presten públicamente, quedan sometidas a un régimen administrativo especial que habrá de encajar en una gama de modalidades que abarcan desde la personificación de

⁶² MONTOYA MARTÍN E, “*Las empresas públicas sometidas al derecho privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 224.

⁶³ Gaceta de Madrid, núm. 307, 3 de noviembre de 1935, págs. 970-991.

⁶⁴ MONTOYA MARTÍN E, *op.cit.*, pág. 225.

⁶⁵ GASCÓN Y MARÍN se planteaba ya en 1942 si en las sociedades de economía mixta debía limitarse la responsabilidad a la participación pública en el accionariado o si, como creía necesario, la Ley debía aclarar este punto sobre la base del servicio público, las atribuciones de los representantes de la Administración y los medios de derecho público que el legislador ponga a su disposición. Vid. GASCÓN Y MARÍN J, “El municipio empresa”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 1, 1942.

⁶⁶ Sobre la legislación municipal de los años 50, vid. ROYO VILLANOVA S, “La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950”, *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril 1951, págs. 277-299.

⁶⁷ ALBI CHOLBI F, “El servicio público municipal y sus modos de gestión”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núms. 35-36, 1947, págs. 645-687 y 854-893.

⁶⁸ En plena renovación de la normativa municipal entre la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y el Texto Articulado aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950. Ha de tenerse en cuenta que el Estatuto de Calvo Sotelo ya consideró al municipio como una “*entidad natural*” criterio que acogieron las normas del Estado franquista. Esta concepción (similar al derecho alemán) sortea los problemas del derecho francés en cuanto a la especialidad de atribuciones de las personas jurídicas. Vid. del mismo autor ALBI CHOLBI F, “*Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*”, Aguilar. Madrid, 1960.

servicios a la gestión privada ya sea por procedimientos administrativos o mediante gestión privada.

Desde el plano de la regulación administrativa y en el marco de la renovación de la legislación administrativa llevada a cabo por Laureano López-Rodó, la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas⁶⁹ consideró a las que denominaba “*empresas nacionales*” como parte de la llamada Administración institucional, remitiendo su régimen jurídico (artículo 91) a las disposiciones del derecho mercantil, civil y laboral salvo lo establecido en dicha Ley y disposiciones especiales aplicables a las misma.

1.3.2. Los años 80 como inicio de la privatización.

En cualquier caso, el sector público empresarial español no llegó a tener un peso sustancial en la economía española. Como recuerda NICOLÁS HERNÁNDEZ⁷⁰, a comienzos de la década de los 80, el sector público empresarial suponía en España el 6,8% del valor añadido nacional y empleaba al 8,8% de la población activa frente a unas medias en la Comunidad Europea del 14,1 % y del 12,8% respectivamente.

Tampoco las Comunidades Autónomas procedieron a crear un sector empresarial por cuanto en los años 80, cuando se implanta el Estado Autonómico, es igualmente cuando comienzan los vientos privatizadores en Europa. Además, las sociedades que se crean por las Comunidades Autónomas no se dirigen tanto a realizar una actividad económica sino a realizar funciones de la Administración mediante una utilización instrumental de las formas jurídico-privadas.

El sector público experimentó en 1983 un aumento repentino como consecuencia de la expropiación⁷¹ de las empresas del grupo RUMASA por Real Decreto Ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y

⁶⁹ Como destaca CRESPO MONTES, dicha Ley y la Ley de Tasas y Exacciones parafiscales fueron impuestas por los informes de la OCDE y el Banco Mundial que exigían un mayor control financiero del Estado sobre la Administración institucional, sugiriendo incluso reintegrar alguno de estos entes a la Administración centralizadas. Vid. CRESPO MONTES L F, “*Mitos y ritos de la Administración española*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pág. 168.

⁷⁰ HERNÁNDEZ N, “Privatizaciones: Significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3 (1999), pág. 42.

⁷¹ La intervención se articuló como una expropiación por cuanto la normativa vigente no permitía la intervención de las entidades de crédito a diferencia de lo que posteriormente reguló la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

otras Sociedades que componen el grupo RUMASA S.A. Esta polémica actuación⁷² planteaba la necesidad de reprivatizar las empresas expropiadas por la necesidad de recuperar, al menos parcialmente, los fondos públicos invertidos en el saneamiento de las entidades financieras del grupo y por cuanto carecía de sentido que el Estado mantuviera la titularidad de empresas completamente heterogéneas.

A ello se unió la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1985 que hacía necesario adaptar el sector público español a la normativa comunitaria especialmente en materia de monopolios. Comienza así en España la privatización de empresas públicas, curiosamente por un gobierno de ideología socialdemócrata frente a las restantes experiencias privatizadoras vinculadas a ejecutivos conservadores.

BILBAO UBILLOS⁷³ distingue en la privatización española diversas fases que considera responden a distintas políticas de privatización.

La primera etapa (1984-1992) sería de privatización selectiva o privatización como instrumento de la reestructuración del sector público empresarial. En esta etapa actuaría como instrumento de planificación el Plan de modernización del sector público elaborado por el Ministerio de Industria en 1990 que consideró que los monopolios deberían adaptarse a su progresiva desregulación favoreciendo así su privatización si bien el Estado debería mantener un suficiente grado de control. En las empresas de defensa debería mantenerse la titularidad pública, sin perjuicio de alianzas estratégicas, pero, por el contrario, en los sectores maduros (construcción, siderurgia, carbón) procedería su reconversión y en las empresas públicas comerciales su privatización, bien enteras o por ramas de negocio.

Se comienza a dictar una normativa que permitiese la privatización de empresas públicas y así la Ley General Presupuestaria cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre eliminó (no sin cierta discusión) la exigencia de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 de autorización de las Cortes Generales para la enajenación de participaciones en cuantía superior al 10% de la participación estatal en la empresa o si ello suponía la pérdida de la condición de socio mayoritario.

⁷² Declarada constitucional por las SsTC 111/1983, de 2 de diciembre, 166/1986, de 19 de diciembre, 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero. La STC 111/1983 contó con el voto particular de seis magistrados en una de las decisiones más controvertidas del Tribunal. Vid. GARCÍA MACHO R, "La expropiación del grupo RUMASA: En torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional Español, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, 1985, págs. 221-229.

⁷³ BILBAO UBILLOS J, "*Las políticas de privatización en España: Fases, objetivos y procedimientos*", Documento base para el Seminario en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pública de Navarra (Campus de Arrosadía, noviembre de 2002). Del mismo autor "Las políticas de privatización en España", en González de la Fe P, Rendeiro Martín-Cejas R (coords), op.cit., págs. 71-99.

1.3.3. La privatización masiva de los años 90.

El artículo 107 de la Ley 31/1991, de 31 de diciembre, de presupuestos generales para 1992, autorizó la creación de una sociedad anónima de titularidad pública a la que el INI transferiría las acciones de aquellas empresas susceptibles de ser gestionadas con criterios homogéneos para cumplir las obligaciones comunitarias en cuanto a la supresión de subvenciones a empresas públicas, posibilitando la adquisición de acciones de esta sociedad por particulares. Al amparo de esa previsión legal y previa autorización del Consejo de Ministros se constituyó el 14 de julio de 1992 la sociedad anónima TENEO.

Igualmente y con la finalidad de evitar la posible pérdida de control del Estado en sectores estratégicos como consecuencia de la privatización de empresas públicas, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen jurídico de enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas⁷⁴, implanta el mecanismo de la “*golden share*” o “*acción de oro*” por la que se someten a autorización administrativa previa la adopción de determinadas decisiones en ciertas empresas privatizadas y que en el fondo respondía a criterios nacionalista de protección⁷⁵.

Una segunda etapa (1993-mayo 1996) consistiría en una suerte de privatización recaudatoria apareciendo marcada por la necesidad de conseguir ingresos en una época de recesión económica en la que debían comenzarse a cumplir las condiciones de convergencia para la unión económica y monetaria europea.

Las operaciones de privatización buscaban generar importantes ingresos brutos mediante la realización de ofertas públicas de venta de paquetes minoritarios de acciones.

Desde un punto de vista organizativo el Real Decreto Ley 5/1995, de 16 de junio, además de suprimir definitivamente el INI, agrupa el sector empresarial público en dos organismos, de un lado la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) como un ente de derecho público encargado de la gestión de las participaciones industriales del Estado y de otro la Agencia Industrial del Estado (AIE) a la que se asignaba, respecto de determinadas empresas, la reconversión y reestructuración industrial así como los regímenes especiales y derogaciones parciales de las normas comunitarias sobre competencia. Junto a

⁷⁴ Este mecanismo de la “acción de oro” fue declarado contraria al derecho comunitario por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de mayo de 2003 (C-463/00) Comisión c. Reino de España, siendo finalmente derogada por la Ley 13/2006, de 26 de mayo.

⁷⁵ Vid. al respecto HERNÁNDEZ LÓPEZ M, “Las acciones de oro y la Comisión Europea”, *Información Comercial Española*, núm. 831, julio-agosto 2006, págs. 157-164. La opinión de este autor resulta especialmente interesante toda vez que fue durante diez años director de la Comisión Europea.

estos dos grupos empresariales permanecía un grupo de empresas dependientes de la Dirección General de Patrimonio del Estado. Durante este periodo se privatizaron un total de setenta y siete empresas a lo que se sumaron dieciséis ofertas públicas de venta de acciones por un importe de 10.200 millones de euros.

Aparece así la tercera etapa (junio 1996-2002) que sería la de la privatización masiva que trae causa de la victoria en las elecciones generales de mayo de 1996 permitió al Partido Popular formar gobierno, poniendo en práctica un proceso privatizador que ya no era tanto un instrumento de política económica como un objetivo en sí mismo, en cuanto la privatización obedece a la voluntad de reasignar las funciones entre los sectores público y privado de la economía de tal forma que el sector público abandone prácticamente toda actividad empresarial⁷⁶.

Se aprueba el ya citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 que distingue cuatro grupos de empresas públicas: a) Las inmediatamente privatizables en cuanto empresas cotizadas en Bolsa y con un alto potencial; b) Las pendientes de reordenación sectorial pero que podrían generar altos ingresos; c) Las empresas que requerirían reestructuraciones o saneamientos previos; y d) Las empresas en periodo de reconversión (integradas en la Agrupación Industrial del Estado) que podrían ser privatizadas a lo largo de la legislatura por motivos estratégicos o sociales.

Asimismo, se procedió a agrupar todo el sector empresarial en la SEPI para lo cual las empresas de la Dirección General de Patrimonio del Estado se integraron en el año 1996 en la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales de la Administración (SEPPA) que se integró en la SEPI en el año 2001 en tanto que la AIE había sido disuelta e integrada en la SEPI en 1997. En este periodo el Estado deshizo sus participaciones en más de sesenta y siete empresas obteniendo unos ingresos cercanos a los 30.000 millones de euros⁷⁷.

Otra característica de esta etapa fue la creación de un Consejo Consultivo de Privatizaciones contemplado en el apartado 9º del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996.

Dicho órgano ha de informar las operaciones concretas de privatización en cuanto a si el proceso y la propuesta de venta se acomoda a los principios de publicidad, transparencia y

⁷⁶ BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, cita a este respecto la opinión de PEDRO FERRERAS, presidente en esa época de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, en el artículo "Situación actual y futura de la empresa pública", *Economía Industrial*, nº 328, págs. 19-27.

⁷⁷ Datos obtenidos de la página web de la SEPI, www.sepi.es

libre concurrencia. Se compone de un presidente y ocho vocales nombrados por acuerdo conjunto de los ministros de economía e industria entre "*personas de reconocido prestigio*". Su naturaleza es un tanto peculiar por cuanto no está reconocido ni contemplado en una norma jurídica ni dispone por tanto de ninguna regulación que permita asegurar su independencia y objetividad tanto respecto de la Administración (no existe un régimen de inamovilidad de sus miembros) ni de otros intereses⁷⁸ ya que tampoco se recoge ningún estatuto de incompatibilidad que permita asegurar, por ejemplo, que uno de sus vocales no trabaje para una empresa que pretenda adquirir una empresa en proceso de privatización.

Pese a ello, alguna doctrina como JUAN R. CUADRADO ROURA y PEDRO DURÁ⁷⁹ considera que se trata de un órgano que goza de autonomía funcional y capacidad de autorregulación cuyos integrantes actúan con total independencia en el cumplimiento de sus fines, aun reconociendo que tiene una "*especial naturaleza*".

El proceso de privatizaciones masivas culminó en el año 2003 con la venta de la empresa nacional de autopistas de tal forma que, en palabras de la propia SEPI: "*Tras ese periodo, son pocas las empresas de SEPI que por su actividad pudieran ser objeto de venta, ya que la mayoría de ellas son sociedades con objetivos de interés públicos o de carácter instrumental, y algunas otras sometidas a planes de reconversión. Por ello, las privatizaciones han dejado de ser objetivo prioritario.*"⁸⁰

1.3.4. La privatización hoy día. Ausencia de un marco regulador.

No obstante, la crisis económica iniciada en 2008 ha abierto la puerta a nuevos procesos privatizadores de ámbitos tradicionalmente estatales.

Así el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo abrió la puerta a privatizar un monopolio estatal tradicional como es la lotería nacional con la conversión de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado en sociedad estatal cuyo proceso fue suspendido, una vez iniciado, al no existir garantías de éxito en la oferta pública de venta

⁷⁸ Para TRONCOSO, *op.cit.*, págs. 454-455, no estamos ante una verdadera Administración independiente ya no que este Consejo Consultivo no está rodeado de garantías formales y sustanciales de independencia por más que haya aprobado un reglamento de régimen interior que establezca algunos supuestos de abstención. A ello ha de añadirse que dicho reglamento no es una verdadera norma jurídica con carácter vinculante.

⁷⁹ CUADRADO ROURA J R, DURÁ P, "Racionalidad y resultados del Consejo Consultivo de Privatizaciones", *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, núm. 26, 2007, págs. 35-72. En la fecha de publicación del artículo CUADRADO ROURA era presidente del Consejo.

⁸⁰ www.sepi.es

e igualmente se procedió en el sector aeroportuario a separar la gestión de la navegación aérea, que continuó en poder de la entidad de derecho público AENA, de lo que es la mera gestión aeroportuaria que se transfirió a una sociedad de nueva creación (Aena aeropuertos S.A.) cuyo proceso de privatización se ha abierto con una oferta pública de venta de acciones en 2015⁸¹.

Esta ausencia en España de un marco legal regulador de la privatización ha sido muy criticada no solo por la doctrina (DE HOCES, GONZÁLEZ VARAS, TRONCOSO REIGADA) sino por el propio Tribunal Supremo que, en la sentencia de 14 de octubre de 1999 (rec. 50/1997), afirmó que *"La alegación podría tener, en este extremo, una cierta consistencia al destacar –y criticar– la ausencia de un marco legal, de carácter general, que, reflejando la voluntad de las Cámaras, regule de manera adecuada todo el proceso privatizador o, al menos, el relativo al sector de las telecomunicaciones."* (F.J. 12º).

También fue criticada la ausencia de un control parlamentario adecuado⁸². La STC 177/2002 de 14 de octubre⁸³ anuló dos acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que negaron las comparecencias solicitadas por un grupo parlamentario de dos presidentes de empresas privatizadas para que explicaran determinadas actuaciones de las mismas. Sin entrar en concreto si las comparecencias solicitadas entraban dentro del control parlamentario de una empresa semipública o no lo cierto es que la sentencia muestra que la privatización de numerosas empresas careció de un adecuado control parlamentario tanto en la aprobación de los mecanismos privatizadores como en la fiscalización del proceso.

Aparece así una de las principales críticas al fenómeno de la privatización y es que suele responder más a planteamientos de financiación pública que a una verdadera reflexión sobre lo que ha de ser público y lo que ha de ser privado. Si falta esta reflexión es lógico que puedan surgir problemas a la hora de determinar las consecuencias jurídicas en la prestación de los servicios públicos prestados por sujetos privados.

⁸¹ Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de enero de 2015.

⁸² MONTOYA MARTÍN cita una proposición de ley de bases de la empresa pública formulada por el Grupo Parlamentario Popular en 1991 que contemplaba que las privatizaciones fueran acordadas por Real Decreto, remitiendo al Congreso y al Senado una memoria justificativa de las causas de la privatización y la justificación del procedimiento elegido. Vid, MONTOYA MARTÍN E, *op. cit.*, págs. 317-318.

⁸³ ARCE JANÁRIZ A, "Las privatizaciones en el Parlamento (Comentario de la STC 177/2002, asuntos "Telefónica" y "Endesa")", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, págs. 261-283.

Capítulo 2

LA PRIVATIZACIÓN COMO UTILIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE FINES PÚBLICOS

2.1. UN CONCEPTO FUNCIONAL DE PRIVATIZACIÓN.

No obstante, pese al concepto restrictivo de la privatización que defiende gran parte de la doctrina negando que, por ejemplo, en los supuestos de concesionarios o contratistas exista privatización⁸⁴, lo cierto es que no puede restringirse la privatización a esa concreta modalidad so pena de desconectar el estudio del concepto de la realidad, no solo social sino también jurídica.

Hoy día no se puede limitar la privatización únicamente a la enajenación de empresas o bienes públicos al sector privado o a la creación de entes sometidos al derecho privado, sino que por tal se entiende todos aquellos supuestos en los que prestaciones a los ciudadanos que venía realizando el sector público pasan a ser realizadas por empresas privadas, ya sea directamente o bien actuando en nombre y por cuenta del Estado⁸⁵. Así para RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ⁸⁶ se trataría de privatizar la propia actividad de la empresa pública⁸⁷, lo que se puede conseguir mediante la contratación externa al sector privado de servicios financiados públicamente si bien este autor entiende que esa "*externalización*" no supone una "*disminución del papel de las instituciones públicas en cada una de estas funciones que le están reservadas: responsabilidad, gestión, control, etc.*"

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO⁸⁸ al analizar la privatización de infraestructuras públicas incluye en su estudio la explotación mediante técnicas concesionales, ya sea la concesión clásica de obra pública o los nuevos sistemas de concesión como son las autopistas

⁸⁴ En este sentido DE LA SERNA BILBAO M N, "*La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág.61.

⁸⁵ Así, MENENDEZ REXACH considera un supuesto de privatización la cesión de un sistema general de uso deportivo (terrenos demaniales) a una Federación deportiva. Vid MENENDEZ REXACH A, "Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005-

⁸⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J, "La privatización municipal en España", *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 27, 2012.

⁸⁷ En términos similares Vid. MARTIN MATEO R, "*Liberalización de la economía. Más Estado menos Administración*", Trivium, Madrid, 1988.

⁸⁸ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO F, "La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales", *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 19, 2000.

de peaje o el más novedoso sistema de peaje en la sombra⁸⁹. Es decir, asume como privatización la gestión indirecta de infraestructuras públicas por más que la Administración como titular demanial ostente la propiedad de las mismas.

Este concepto “*funcional*” de privatización es, asimismo, el recogido en el derecho norteamericano en un contexto de, prácticamente, ausencia de empresas públicas⁹⁰.

Más allá de las discusiones políticas sobre la conveniencia o no de la privatización de servicios lo cierto es que nos hallamos ante un necesario replanteamiento de las respuestas que viene ofreciendo el derecho administrativo a las relaciones de la Administración con los usuarios de aquellos servicios que pasan a ser prestados por entidades privadas.

2.2. LA PRIVATIZACIÓN COMO HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

La privatización “*formal*” en cuanto utilización por la Administración de formas jurídico privadas para desarrollar su actuación ha dado lugar a lo que se ha denominado “*huida del derecho administrativo*”⁹¹ en cuanto la Administración acude a los mecanismos del derecho privado, normalmente mediante fórmulas de personificaciones jurídico privadas aunque, en ocasiones, directamente surgen entes de derecho público sometidos al derecho privado.

Para ello se parte de la base de una supuesta inadecuación de los mecanismos del derecho administrativo en cuanto causantes de ineficacia debido a sus múltiples controles, garantías y rigideces⁹² y se acude a la aplicación del derecho privado. Se llega así, como destaca MUÑOZ MACHADO⁹³, a considerar como un “*axioma*” el que el derecho administrativo sólo es “*frente de dificultades y rémoras*” y SANTAMARÍA PASTOR⁹⁴ alude al “*escapismo*” de la Administración tanto de las restricciones presupuestarias como de las

⁸⁹ Con una clara finalidad de evitar el déficit que genera la construcción de una infraestructura y sin repercutir el precio de la concesión en los usuarios de la misma. Vid. MACHO PEREZ A B, MARCO PEÑAS E, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014.

⁹⁰ Vid. METZGER *op.cit.*, pág. 1370

⁹¹ El origen de la expresión se encuentra en el jurista suizo FLEINER en 1928, vid TRONCOSO, *op. cit.*, pág. 29 y GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ S, “¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado?”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1733, 5 de febrero de 1998, pág. 52.

⁹² Algunos de ellos exigidos por la propia Constitución como por ejemplo los derivados de la exigencia de aplicar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección de personal conforme exige el artículo 23 de la CE o la asignación equitativa del gasto público del artículo 31.2.

⁹³ MUÑOZ MACHADO S, “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*”, Tomo I, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2006, pág. 69.

⁹⁴ SANTAMARÍA PASTOR J A, “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 1191.

regulaciones generales, en tanto que GARRIDO FALLA⁹⁵ considera que se produce una auténtica “*apostasía del derecho administrativo*”.

SORIANO GARCÍA⁹⁶ critica la creación de este derecho organizativo público-privado calificando estos entes como “*Minotauros, mitad públicos, mitad privados*” que permiten a quienes disfrutan de esa situación encontrarse en el mejor de los mundos jurídicamente posibles sin las responsabilidades, controles y rendición de cuentas del derecho público.

Hoy día es posible, incluso, hablar de privatización en campos tan diversos⁹⁷ como el procedimiento administrativo al sustituir las clásicas licencias por las denominadas declaraciones responsables⁹⁸, la potestad normativa con la aprobación de códigos de autorregulación⁹⁹ o la justicia donde, al tradicional y poco usado arbitraje, se ha añadido la mediación¹⁰⁰ cuya virtualidad práctica está por demostrar.

La crítica de esta huida por parte de la doctrina administrativista española fue temprana y así, en 1962, CLAVERO ARÉVALO¹⁰¹ consideraba que era necesaria la existencia de un derecho general indeclinable común a todas las Administraciones que debería ceñirse a fijar los límites de la flexibilidad que han de ser respetados por los organismos autónomos.

Una importante doctrina en defensa de la aplicación del derecho administrativo se ha formulado por RAMÓN PARADA y SILVIA DEL SAZ¹⁰² quienes consideran que la Constitución española de 1978 recoge una reserva de derecho administrativo que impone límites al legislador a la hora de someter la actuación administrativa al derecho privado en

⁹⁵ GARRIDO FALLA F, “Privatización y Reprivatización”, *Revista de Administración Pública*, núm.126, septiembre-diciembre 1991, pág. 18.

⁹⁶ SORIANO GARCÍA J E, “Liberalización económica, Sector Público y Derecho Administrativo”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, junio 2011, pág. 220.

⁹⁷ ESTEVE PARDO F, “Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y Sociedad”, *Documentación Administrativa*, núm. 1, enero-diciembre, 2014.

⁹⁸ Artículo 71 bis de la LRJ-PAC redactado por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

⁹⁹ El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 5592/2011) ha considerado que la aprobación de un código de buena conducta por un órgano interministerial en el que se integran representantes de consumidores y empresas es nula de pleno derecho al haberse dictado por un órgano carente de potestad reglamentaria por mucho que la Orden Ministerial de creación le encomendase la aprobación de dicho código.

¹⁰⁰ Así la reforma del artículo 414 LEC por la 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que trae causa de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁰¹ CLAVERO ARÉVALO M F, “Personalidad jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, págs. 13-36

¹⁰² DEL SAZ S, “Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del siglo XX” en “*La Administración Pública Española*”, RODRÍGUEZ-ARANA J (director) y CALVO M (coordinadora), INAP, Madrid, 2002, págs.59-71.

cuanto el derecho público sería el único que puede garantizar el respeto a los derechos de los ciudadanos, apoyándose en jurisprudencia constitucional como la recogida en las SSTC 161/1991, de 18 de julio y 193/1992, de 16 de noviembre.

De todas formas, tampoco han faltado opiniones doctrinales que consideran que se ha de desdramatizar esa supuesta “huida”. Así BORRAJO INIESTA¹⁰³ considera que: 1º el sometimiento al derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo derecho y control; 2º la huida al derecho privado es inútil por cuanto la Administración no deja de ser quien es; y 3º es inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso administrativo por cuanto ese control puede ser ejercido con igual eficacia por jueces de otros órdenes, tal y como viene sucediendo en la práctica.

El citado autor no se limita a formular esas conclusiones, sino que realiza un destacable esfuerzo en confirmarlas apoyándose en que hay mecanismos del derecho privado que permiten establecer controles adecuados (vgr. responsabilidad de los administradores societarios, normativa de protección de consumidores y usuarios, levantamiento del velo) sin olvidar la garantía que supone la aplicación directa de la Constitución y del derecho europeo, así como la posible exigencia de responsabilidades penales y civiles a las autoridades y funcionarios públicos.

Sin negar el esfuerzo y lo sugerente de algunos de sus planteamientos lo cierto es que se puede decir que chocan contra la “*fuera normativa de lo fáctico*”. Si la utilización en el ámbito jurídico privado de instituciones legales tales como la exigencia de responsabilidad a los administradores de sociedades de capital (artículos 236-241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) o jurisprudenciales como la doctrina del levantamiento del velo son, ya de por sí, de rara aplicación en el ámbito del derecho privado, no puede considerarse sino excepcional la posibilidad de que se apliquen en el ámbito público en el que los accionistas de la empresa son los poderes públicos y en el que, difícilmente, el patrimonio de los gestores desleales podrá cubrir mínimamente el perjuicio ocasionado.

Una postura muy equilibrada es la de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO¹⁰⁴ que afirma que le gustaría suscribir la tesis de una reserva de derecho administrativo en la Constitución pero entiende que más bien lo que habría serían unos principios constitucionales

¹⁰³ BORRAJO INIESTA I, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss.

¹⁰⁴ MARTÍN RETORTILLO BAQUER S, “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones”, *op. cit.*, págs. 216-221.

vinculantes¹⁰⁵ para la actuación administrativa que (contestando las tesis de BORRAJO) no serían adecuadamente garantizados por el “nuevo” derecho civil por muy elevada carga de normas de *ius cogens* que contenga y, de otro lado, el recurso al derecho penal supone situar el tema en términos de notable gravedad de las actuaciones incorrectas, algo claramente insuficiente.

Para LAGUNA DE PAZ¹⁰⁶ las sociedades públicas son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado y, en realidad, lo que implican es el abandono de las normas de derecho público quedando los ciudadanos desprotegidos sin que teorías civilistas como la doctrina del levantamiento del velo constituyan mecanismos de protección adecuados puesto que su aplicación en la práctica es verdaderamente excepcional.

Es más, la inoperancia de estos mecanismos de control del derecho privado se manifiesta en el artículo 115 de la LRJSP que recoge como, según su exposición de motivos, “novedad,” el que la responsabilidad de los miembros de los consejos de administración de empresas públicas designados por la Administración General del Estado sea asumida directamente por la Administración, sin perjuicio de la obligación de la Administración de exigir de oficio esa responsabilidad cuando hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia graves¹⁰⁷.

Un ámbito en el que la ausencia de control de las sociedades públicas se manifiesta con claridad es el parlamentario. TRONCOSO¹⁰⁸ destaca el escaso éxito de los intentos de control de las sociedades públicas y considera que la mejor vía para garantizar el sometimiento de estas empresas a los principios constitucionales es la jurisdicción contencioso administrativa.

Las opiniones de BORRAJO INIESTA son expresamente rechazadas por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ quien considera que pretender que el derecho privado y la

¹⁰⁵ Aunque el autor se limita a calificarlos de principios también podrían calificarse como garantías institucionales.

¹⁰⁶ LAGUNA DE PAZ J C, “La renuncia de la Administración Pública al derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995, págs. 201-229.

¹⁰⁷ La regulación es engañosamente semejante a la que establece el artículo 145 de la LRJ-PAC. Al igual que la LRJ-PAC establece la responsabilidad directa de la Administración pero luego no establece claramente - “*podrá exigir de oficio*”- la obligación de repetir que, si ya es una rareza jurídica (vid. DOMENECH PASCUAL G, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *Indret*, núm. 2/2008), en este caso parece que seguirá el mismo camino.

Además, la redacción parece limitar la repetición a los daños causados en los bienes y derechos de la Administración y, finalmente, efectúa una remisión genérica a la legislación de procedimiento administrativo que no aporta gran cosa a la luz de la LPACAP que no introduce a estos efectos especiales novedades.

¹⁰⁸ TRONCOSO, *op.cit.* págs. 346-348.

jurisdicción civil sirvan para controlar adecuadamente la Administración supondría trasladar a España un modelo similar al del “*derecho administrativo privado*” alemán que plantea múltiples problemas en ese país y que no encaja con nuestras estructuras jurídicas. Entiende que el derecho español debe adoptar una concepción formal y subjetivista del derecho administrativo en cuanto regulador de la Administración como sujeto y, a la vez, aplicar criterios jurídico materiales de tal forma que, si la actuación es materialmente administrativa (aunque se realice por una sociedad mercantil privada), ha de entrar en aplicación el derecho público. Si, por el contrario, estamos ante una mera actividad industrial en competencia con empresas privadas se aplicaría el derecho privado sin mayores problemas.¹⁰⁹

Este mismo autor ha entendido posteriormente¹¹⁰ que, en tanto que el legislador no afirme la sujeción a derecho administrativo de las entidades públicas que gestionen servicios públicos con carácter general, la jurisdicción contencioso administrativa deberá estar atenta a la existencia de posibles fraudes de ley administrativa por parte de entidades que actúen conforme el derecho privado ya que los entes públicos, por más que se rijan por el derecho privado, no pueden liberarse de ciertas limitaciones y condicionantes jurídico-públicos.

En esta línea se mueve la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 (recurso 1972/2013)¹¹¹ que, a propósito de una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a una Administración territorial a raíz de la actuación de una sociedad anónima pública dependiente de la misma, considera que la constitución de una sociedad anónima como fórmula para conseguir una mayor eficacia¹¹² no permite eludir el régimen específico de responsabilidad patrimonial de la Administración “(...) *en huída del derecho administrativo y mucho menos tras las reformas normativas (...), que tratan de evitar lo que se conoce con el nombre de peregrinaje jurisdiccional.*”

¹⁰⁹ GONZÁLEZ VARAS, *op. cit.*, (1995), págs. 544-545.

¹¹⁰ GONZÁLEZ-VARAS, *op. cit.*, (2001), pág. 92.

¹¹¹ La sentencia se dicta en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2012 (recurso 433/2010) alegando como sentencia de contraste la sentencia dictada por el mismo Tribunal el 23 de febrero de 2006 (recurso 231/2002). El Tribunal Supremo considera correcta la doctrina de la sentencia recurrida si bien con una argumentación discutible que, posteriormente, se analizará con más detenimiento.

¹¹² Como expone con acierto CHINCHILLA MARÍN, el principio de eficacia puede servir para encubrir ciertas irregularidades de tal forma que la eficacia administrativa no ha de consistir en optar entre lo jurídicamente correcto y lo eficaz, dicotomía que considera falsa sino en determinar las condiciones para que la actuación de la Administración, siendo efectiva, sea igualmente idónea para la satisfacción de los intereses generales. Vid CHINCHILLA MARÍN C, “Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa”, en “Panorama de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca”, (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J, DEL GUAYO CASTILLA I, dir.), *op.cit.*, pág. 305.

La prestación del servicio de transporte de viajeros por las líneas del metro es, sin discusión, un servicio público que proporciona la Administración, con independencia de que lo facilite valiéndose de la creación, en aras de conseguir una mayor eficacia, de una sociedad anónima pública, cuyo capital y estructura responde a las características propias de los entes institucionales.”

Ahora bien, ALEJANDRO NIETO¹¹³ considera que, en ocasiones, el servicio de los intereses generales puede requerir la aplicación del derecho privado pero las formas privadas de actuación no eliminan la naturaleza básicamente administrativa del agente. En una gráfica expresión de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ:¹¹⁴ “*Vista de uniforme o vista de paisano, la Administración Pública es siempre un poder público*”.

Por el contrario, SALA ARQUER¹¹⁵ considera esta huida del derecho administrativo como una verdadera huida del derecho y considera que el derecho administrativo (como derecho garantizador) puede adoptar dos enfoques. De un lado, cambiar el concepto de Administración y de derecho administrativo para que pueda cubrir estos fenómenos o bien mantener los conceptos clásicos pero formulando criterios claros para reordenar esta materia. Concluye que se podría optar por un concepto material de Administración pública que supere las dicotomías de formas públicas/privadas en beneficio de las garantías de los particulares.

RIVERO ORTEGA¹¹⁶ entiende que si un ente instrumental se encuentra plenamente controlado por la Administración y actúa en condiciones privilegiadas de las que no disfrutaban los sujetos privados, su condición como Administración pública es indefectible y considera que, por más que la potestad autorganizativa permita a la Administración optar por diversas modalidades de organización ello no puede entenderse como una mera cuestión de oportunidad a decidir arbitrariamente sino que deben existir disposiciones legales que regulen las condiciones previas de la elección de una forma organizativa sujeta al derecho privado garantizando la corrección y la idoneidad de esta decisión¹¹⁷.

¹¹³ NIETO A, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, pág. 2226.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones”, *Administración de Andalucía. Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, págs. 105-116.

¹¹⁵ SALA ARQUER J M, “Huida al derecho privado y huida del derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, págs. 399 y ss.

¹¹⁶ RIVERO ORTEGA R, “*Administraciones Públicas y Derecho Privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 25 y 31.

¹¹⁷ La necesidad de justificar la necesidad de utilización de una forma societaria se puede comprobar al analizar el ejemplo de la empresa pública Innovación y Vivienda de la Comunidad de Madrid S.A. (INVICAM) creada en el año 2007 con un capital social de tres millones de euros para desarrollar políticas de vivienda cuando la

Más recientemente CUETO PÉREZ¹¹⁸ entiende que la Administración no puede utilizar libremente las formas jurídico-privadas sino que lo más adecuado y ajustado a nuestro ordenamiento jurídico sería no utilizar las sociedades mercantiles al margen de actividades en régimen de mercado.

Recuerda que la Disposición Adicional 12^a de la LOFAGE establece que las sociedades mercantiles estatales no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública si bien lamenta que esta acertada previsión no esté tan plenamente recogida en los ordenamientos autonómicos y en el ámbito local puesto que la reforma del artículo 85 LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, elimina una previsión análoga¹¹⁹. Tampoco aparece una previsión semejante a la citada disposición adicional en la nueva LRJSP.

Una postura que trata de superar la discusión es la que ha mantenido REBOLLO PUIG¹²⁰ que considera que en realidad estaríamos ante una especie de viaje interno dentro del propio derecho administrativo de tal forma que se sustituyen normas de derecho administrativo más rígidas por otras menos rígidas extraídas del derecho privado, utilizando las expresiones de RIVERO pasaríamos de un derecho administrativo plagado de

Comunidad de Madrid ya disponía de una dirección general, un organismo autónomo y un ente de derecho público con competencias en esa materia. Durante cinco años no se conoció que desarrollase ninguna actividad y un intento de atribuirle competencias en materia de inspección energética de edificios fue informado desfavorablemente por los Servicios Jurídicos.

La Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público de la Comunidad de Madrid acordó su extinción que se llevó finalmente a cabo mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de octubre de 2012 por “inactividad” de la sociedad.

¹¹⁸ CUETO PÉREZ M, “Crisis Económica y Administración Pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, págs. 1053-1091.

¹¹⁹ En realidad no suprime la prohibición de que se puedan desarrollar por gestión indirecta actividades que supongan ejercicio de autoridad pública sino que recoge la misma prohibición pero remitiéndola a la legislación básica sobre función pública, al disponer que la forma de gestión por la que se opte, ya sea directa (modalidad que comprende tanto a las entidades públicas empresariales como a las sociedades mercantiles locales) o indirecta, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. El apartado 2º del citado precepto establece “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.*”

Si bien el legislador básico en materia de empleo público establece una reserva de las potestades públicas y de los intereses generales de las Administraciones públicas (concepto excesivamente difuso) a los funcionarios de carrera lo cierto es que la remisión a las normativas autonómicas de desarrollo genera una peligrosa indefinición.

Esta exclusión no es exclusiva de España o de los ordenamientos jurídicos continentales, sino que, de hecho, en Estados Unidos, la Oficina de Administración y Presupuesto dictó la Circular A-76, de 29 de mayo de 2003, que ordena a las agencias gubernamentales clasificar sus actividades como comerciales o “*inherentes al gobierno*” y realizar estas últimas con personal del gobierno.

¹²⁰ REBOLLO PUIG M, “El derecho administrativo como derecho único de la Administración”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, febrero 2003, págs. 1-37.

“*derogaciones en más*” y “*derogaciones en menos*”¹²¹ en comparación con los sujetos privados a otra en la que las hay en mucha menor medida.

Lo cierto es que, pese a las críticas doctrinales y a las ocasionales correcciones impuestas por los tribunales de justicia, nos hallamos ante lo que el Tribunal Constitucional calificó como una realidad fáctica y jurídica (STC 14/1986, de 31 de enero (F.J. 8º)).

2.3. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

La crítica a este fenómeno de huida del derecho administrativo ha salido del ámbito puramente doctrinal o académico para ser analizada y utilizada por los tribunales de justicia.

El carácter imparable del fenómeno fue reconocido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1997 (recurso 5751/1993) cuando a, propósito de la regulación de las Inspecciones Técnicas de Vehículos, reconoció que la citada inspección, en cuanto es un medio de los poderes públicos para alcanzar la finalidad de garantizar la seguridad ciudadana en el ámbito de la seguridad vial, “(...) *participa de la naturaleza de función pública*¹²² y *corresponde ejercerla al Estado –en sentido amplio– por razón de su soberanía (...)* Si bien tradicionalmente, estas funciones, a diferencia de los servicios públicos, se ejercían por la Administración, lo cierto es, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, que el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquélla para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada”.

En la sentencia de 17 de mayo de 2012 (recurso 2616/2009) el Tribunal Supremo considera (F.J. 3º) que el artículo 103.1 de la CE revela el “*desiderátum constitucional*” para toda la Administración pública de la simultánea presencia en su actuación de los principios de legalidad y eficacia y en las entidades instrumentales aparece con frecuencia el riesgo de la huida que, en muchas de ellas, se produce desde el derecho administrativo ordinario hacia el derecho singular privado “*enmascarando la Administración pública que así resulta bajo los ropajes civiles o mercantiles*” y eludiendo la aplicación de las prescripciones constitucionalmente establecidas para los poderes públicos.

En el concreto caso enjuiciado, la sentencia considera que habrá de analizarse si los fines y los medios de la sociedad pública son los adecuados para gestionar el servicio público

¹²¹ Conceptos utilizados por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 para justificar el incremento de las prerrogativas de la Administración en los contratos.

¹²² Como veremos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene un criterio distinto en la sentencia de 15 de octubre de 2015 (C-168/14) a propósito de una cuestión prejudicial sobre el régimen de ITV en Cataluña.

encomendado y si las relaciones con los usuarios han de estar regidas por el derecho público o el privado exigiéndose respectivamente una tasa o una tarifa privada. En el primer caso la actuación administrativa habría sido incorrecta estando ante una huida del derecho administrativo, como alegaban los recurrentes, y en el segundo la actuación de la Administración autonómica sería ajustada a derecho.

La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2014 (recurso 238/2014) considera (F.J.2º) que, si bien en un primer momento la Sala consideró que el patrimonio de las empresas públicas no podía considerarse como caudales públicos dada su naturaleza esencialmente mercantil y su finalidad lucrativa, “(...) *Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público.*”

SÁNCHEZ LEMA¹²³ ha puesto de manifiesto la posibilidad de exigir responsabilidad contable en las sociedades públicas incluso en las mixtas puesto que su pertenencia al sector público y su creación con la finalidad de gestión de servicios públicos competencia de la Administración matriz “*publifica*” la empresa y la totalidad de sus fondos, siendo exigible subjetivamente a muchos más sujetos (interventores, secretarios, gestores de la empresa, concejales, consejeros de la Administración matriz, etc.) que la responsabilidad social establecida en la legislación mercantil de sociedades de capital.

Incluso la propia Sala de lo Civil ha reconocido la legitimación pasiva de la Administración cuando esta se había servido de una sociedad mercantil (luego disuelta) para desarrollar sus funciones (sentencia de 10 de junio de 2011 (recurso 1026/2008)).

En la sentencia de 6 de junio de 2014 (recurso 62/2010) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se impugnaba como una vía de hecho un encargo de la Generalidad Valenciana a una sociedad pública para que ayudase en la realización de declaraciones de impacto. Se alegaba que, en realidad, la sociedad pública había asumido prácticamente la totalidad de los actos de instrucción del procedimiento entre ellos la redacción de propuestas de resolución¹²⁴.

¹²³ SÁNCHEZ LEMA G A, “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas”, *Auditoría Pública. Revista de los órganos autonómicos de control externo*, núm. 64, noviembre 2014.

¹²⁴ En el Dictamen 314/15, de 10 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se analiza la posible resolución de un contrato de servicios celebrado por un Ayuntamiento en el que una empresa instala radares de tráfico, gestiona la información obtenida por estos, efectúa las notificaciones de las multas y prepara los borradores de propuesta de resolución.

La sentencia entiende que la empresa se ha extralimitado notoriamente (habiéndolo acreditado así la prueba practicada) del encargo por lo que ha incurrido en una vía de hecho. Considera que, puesto que la evaluación de impacto es una potestad administrativa, la posible intervención de un medio instrumental de la Administración ha de limitarse a prestar apoyo técnico, pero en este caso la prueba demostró que, realmente, toda la instrucción del procedimiento e incluso la redacción de la propuesta de resolución se realizaban por personal de la empresa.

En ocasiones la “huida” ha planteado problemas al propio legislador cuando ha tratado de establecer límites a la actuación económica de estas entidades. Así ocurrió con las medidas de control del gasto público adoptadas en una situación, casi de emergencia, contenidas en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que impuso una reducción salarial a los empleados públicos si bien excluyó al personal laboral no directivo de las sociedades públicas y de determinadas entidades públicas empresariales que gestionaban servicios públicos críticos (ferrocarriles y aeropuertos) lo cual supuso un límite a las Comunidades Autónomas que intentaron ampliar esa reducción al personal no directivo por cuanto la STC 219/2013, de 19 de diciembre, declaró inconstitucionales las leyes autonómicas que introducían esa ampliación.

Cuando, posteriormente, se ampliaron por la legislación estatal las restricciones salariales se discutió el propio concepto de empresa pública y la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 14 de julio de 2014 (recurso 200/2013) entendió que habían de aplicarse las normas de la legislación de contratos del sector público¹²⁵.

2.4. NUEVAS FORMAS DE “HUIDA” Y NUEVOS LÍMITES.

La huida se ha acentuado, no solo por la continua creación de sociedades mercantiles públicas que se rigen por el derecho privado sino también por el mantenimiento en la LOFAGE y en la nueva LRJSP de entes de derecho público sometidos a derecho privado¹²⁶ así como por la utilización por la Administración de la figura de las fundaciones que, prevista con carácter general en la legislación general de fundaciones que reconoce el derecho de fundación a las personas jurídico públicas¹²⁷, en algún caso se han utilizado específicamente

¹²⁵ Para la citada sentencia “(...) si una sociedad mercantil está participada mayoritariamente por cualquiera de las Administraciones Públicas; Entidades Gestoras de la Seguridad Social; organismos autónomos; por otras sociedades mercantiles del sector público; etc., ha de considerarse como pública.”

¹²⁶ Criticados por GARRIDO FALLA, *op.cit.*, págs. 20-22.

¹²⁷ Artículo 8 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones cuyo capítulo XI se dedica expresamente a las fundaciones del sector público estatal.

para la prestación de servicios públicos como es el caso de las fundaciones públicas sanitarias contempladas en la Ley 15/1997, de 25 de abril, por la que se habilitan nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud¹²⁸.

Respecto de estas últimas, VAQUER CABALLERÍA¹²⁹ pone de manifiesto las dificultades para entender que la legislación general de fundaciones habilite a la Administración para crear fundaciones que realicen actividades de giro o tráfico administrativo por lo que fue necesaria la mencionada ley sectorial que, por otra parte, a nuestro juicio, resulta excesivamente genérica¹³⁰. Por ello este mismo autor¹³¹ considera que la propia naturaleza de las cosas ha producido un desplazamiento de la Ley de Fundaciones en este ámbito de tal forma que estas fundaciones son, en realidad, formas funcionalmente descentralizadas de la Administración pública.

Para BERMEJO LATRE¹³² la participación mayoritaria pública en el patrimonio fundacional debe actuar como uno de los criterios definidores del sometimiento de una fundación a los controles jurídico-públicos, en un intento de cierre del sistema organizativo de la Administración Pública de que se trate, sobre la base de la doctrina del “*levantamiento del velo*”, cuyo fin último es evitar elusiones de controles jurídicos de cualquier tipo con la mediación de personas jurídicas creadas al efecto.

Este difícil encaje de la figura de las fundaciones en el entramado de las Administraciones públicas ha llevado a que diversos autores¹³³ propugnen directamente la prohibición de las fundaciones como modalidad de Administración institucional. En realidad, el propio concepto de fundación como patrimonio dirigido a fines de interés general choca

¹²⁸ Considera PIÑAR MAÑAS que el modelo de la Ley 15/1997 cambio radicalmente con el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre que opta por unas entidades que ni son privadas ni son fundaciones. Vid. PIÑAR MAÑAS J L, “Reforma sanitaria ¿privatización a través de fundaciones?”, en “*La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000*”, (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 213-215.

¹²⁹ VAQUER CABALLERÍA M, “Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”, *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 2, 1999.

¹³⁰ Desarrollada por Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que, frente al artículo único de la Ley 15/1997 y al artículo 111 de la Ley 50/1998, consta de setenta y cuatro artículos, lo que hace que su naturaleza de “*complemento indispensable*” de la ley que desarrolla sea ostensible.

¹³¹ VAQUER CABALLERÍA M, “Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: Las enseñanzas de una experiencia truncada”, en “*La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000*”, (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), *op.cit.*, págs. 217-237.

¹³² BERMEJO LATRE J L, “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho Administrativo”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (SOSA WAGNER F (coord.)). Tirant lo Blanch, Valencia.2000.

¹³³ SOCIEDAD DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, “La urgente reforma del sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012, págs. 26-29.

con el que la Administración por si misma debe cumplir tales fines¹³⁴. La frecuente utilización del mecanismo fundacional por empresas con ánimo de lucro que quieren devolver parte de los beneficios a la sociedad no se sostiene en el ámbito de la Administración pública.

La huida del derecho administrativo se pretendía justificar en el logro de una mayor eficacia, que supuestamente se obtendría mediante la utilización del derecho privado, especialmente en materia de contratación puesto que las sociedades mercantiles públicas no tendrían que someterse a los complejos procedimientos de contratación administrativa.

También se lograría una mayor flexibilidad en la gestión del personal si bien esto último tenía menor importancia por cuanto, en todo caso, las empresas públicas deberían ajustarse a los criterios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad como exigencias derivadas de los artículos 23 y 103 de la CE a lo que se suma el que también las personas jurídico públicas pueden contratar personal laboral.

Sin embargo, esa justificación se vino abajo como consecuencia del derecho comunitario que sujetó a las directivas de contratación a los poderes adjudicadores, concepto precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³⁵ que, en el caso español, motivó sentencias de condena a España como la de 16 de octubre de 2003 (C-283/00) referida a la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, zanjó definitivamente el problema al considerar a las sociedades estatales y fundaciones públicas como parte del sector público, teniendo la condición de poder adjudicador¹³⁶ si han sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que un poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (artículo 3).

En los supuestos de empresas públicas que tuvieran la condición de poder adjudicador la obligación de sujetarse en numerosos casos a las reglas sobre preparación y adjudicación

¹³⁴ PAREJO ALFONSO destaca que la Administración, organización servicial conforme el artículo 103 de la CE no puede ser un sujeto que para cumplir sus fines de interés general trascendiéndose a si mismo, pueda integrar su capacidad/competencia con la facultad de crear organizaciones fundacionales para cumplir tareas de interés general. Vid. PAREJO ALFONSO, "Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización", "La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000", (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), op.cit., págs. 42-43.

¹³⁵ Vid. sentencia de 27 de febrero de 2003 (C-373/00) Adolf Truley.

¹³⁶ Sobre el concepto de poder adjudicador en la Ley de 2007, vid, GIMENO FELIU J M, "Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009, págs. 55-70.

hizo que la creación de sociedades mercantiles o fundaciones perdiese gran parte de su interés en cuanto forma de realización de fines de interés general, en definitiva, para prestar servicios públicos. Ello no ha significado el que la Administración haya dejado de acudir al derecho privado como un medio de lograr una supuesta mayor eficacia si bien el mecanismo no estriba tanto en la sujeción de la Administración al derecho privado como en la utilización de sujetos privados como medio del cumplimiento de fines públicos.

Como destaca FERNÁNDEZ FARRERES¹³⁷ la huida del Derecho administrativo se materializa de una manera “*más radical y definitiva*” cuando se procede lisa y llanamente a la llamada “*externalización*” sin que el límite de la prohibición legal de delegación a particulares de servicios que impliquen “*ejercicio de autoridad*” sea, dada su relativa ambigüedad, del todo efectivo.

2.5. LOS COLABORADORES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN OTROS ORDENAMIENTOS.

En la actualidad, la privatización no se realiza tanto mediante la enajenación de empresas públicas como mediante la externalización de tareas públicas que pasan a ser desempeñadas por personas privadas que actúan, de una u otra forma, por cuenta del Estado.

Se justifica esta sustitución de mecanismos públicos por sujetos privados sobre la base de entender que la Administración moderna consiste en un aparato burocrático que, si bien permitió en su tiempo lograr importantes cotas de profesionalidad, eficacia y predictibilidad en su actuación, en la actualidad se considera que no puede cumplir con eficiencia los fines que la justifican¹³⁸.

Las denominaciones utilizadas para estos mecanismos son muy diversas. En ocasiones se acude al mecanismo tradicional de la contratación pública en la cual la Administración sigue siendo titular del servicio prestado por los particulares a los ciudadanos si bien, como analizaremos, en ocasiones se utiliza esta contratación por la Administración para eludir responsabilidades en la prestación. En otras se produce un mayor distanciamiento de la Administración que asigna a particulares la realización de funciones públicas, pero sin establecer ningún vínculo contractual con ellos.

Así la Administración encomienda la realización de importantes tareas públicas como el registro de la propiedad y la fe pública a notarios y registradores que actúan como

¹³⁷ FERNÁNDEZ FARRERES G, “*Sistema de Derecho Administrativo*”, Thomson-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2012, pág 73.

¹³⁸ LESMES SERRANO C, “La externalización de los servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2007, págs. 11-43.

particulares si bien el Estado se reserva importantes competencias de control sobre los mismos. De igual forma, la gestión de determinados ámbitos de la acción protectora de la Seguridad Social se atribuye a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social que son asociaciones de empresarios que gestionan fondos procedentes de las cotizaciones a la Seguridad Social, cotizaciones que tienen la naturaleza jurídica de impuestos.

SANTAMARÍA PASTOR¹³⁹ califica estos fenómenos como de “*autoadministración*” en cuanto “*todos aquellos supuestos en los que la ley confiere el ejercicio de determinadas funciones públicas a organizaciones de base privada, integradas total o mayoritariamente por las propias personas o entidades a las que dichas funciones van dirigidas; y ello con el objeto de que dichas organizaciones gestionen por sí mismas, democráticamente una especie de autodisciplina del gestor*”.

Tras constatar que el distinto origen histórico de estas figuras condiciona notoriamente su configuración actual, destaca que presuponen un régimen jurídico público y un control (más o menos intenso) de la Administración distinguiendo tres supuestos básicos: a) el ejercicio de funciones públicas por entes asociativos privados (autoadministración corporativa); b) el ejercicio privado de funciones públicas por sujetos que actúan al margen de la organización administrativa; y c) la inserción de sujetos privados en órganos administrativos.

El primer supuesto responde a los Colegios profesionales y a las Cámaras de Comercio, cuya naturaleza, de por sí vidriosa¹⁴⁰, se ha visto complicada por el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante, en lo que respecta al objeto de este trabajo, la naturaleza responsabilidad patrimonial derivada de las actuaciones como poder público de los Colegios no ha generado problemas¹⁴¹ y en el supuesto de la incorporación de particulares a órganos administrativos (prevista en el artículo 22 de la LRJ-PAC y en el artículo 15 de la nueva LRJSP) tampoco plantea problemas porque no se altera la personalidad jurídica de la Administración ni su régimen jurídico.

¹³⁹ SANTAMARÍA PASTOR J A, *op. cit.*, págs. 170 y 949-955.

¹⁴⁰ Vid. SsTC 107/1996, de 12 de junio y 206/2001, de 22 de octubre, respecto de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. En cuanto a los colegios profesionales continua vigente la Ley 2/1974, de 14 de abril, que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia constitucional. En la X legislatura un anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales fue dictaminado por el Consejo de Estado (Dictamen 1434/2013, de 27 de febrero de 2014) sin que se llegase a presentar como proyecto de ley.

¹⁴¹ A título de ejemplo, el Dictamen 519/09, de 2 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2014 (recurso 477/2013).

Respecto a la segunda categoría, habría que destacar su heterogeneidad que abarcaría para SANTAMARÍA PASTOR fenómenos tales como las concesiones de servicios públicos o determinadas profesiones (notarios, registradores, prácticos de puertos¹⁴², capitanes de buques y aeronaves incluso en determinadas circunstancias abogados, médicos o profesores).

Si SANTAMARÍA PASTOR mencionaba a ZANOBINI como pionero en el estudio de estas figuras y SÁINZ MORENO les dedicaba un artículo en 1983¹⁴³, su utilización se ha extendido enormemente en la legislación de los últimos años.

ALLI ARANGUREN¹⁴⁴ destaca que la aceptación por el Consejo de Estado francés de la gestión de servicios públicos por particulares dio lugar a la crisis del concepto material de servicio público como caracterizador de la actividad administrativa. Así el *arrêt Granits des Vosges* (1912) constató que los servicios públicos acudían a los contratos privados y en los *arrêts Caisse Primaire Aide et Protection* (1938) y *Vezia* (1935) admitió que personas jurídico privadas gestionasen servicios públicos pudiendo dictar actos administrativos (*arrêt Bouguen* (1943)).

Por su parte el Tribunal de Conflictos en el *arrêt Bac d'Eloka* (1921) entendió normal la gestión y el régimen privado de los servicios públicos. Ahora bien, como destaca SILVIA DEL SAZ¹⁴⁵, esta jurisprudencia del Tribunal de Conflictos que, inicialmente, perseguía limitar la utilización de este tipo de gestión en realidad tuvo el efecto contrario puesto que permitió y consolidó la creación de establecimientos públicos industriales y comerciales que, al tener forma privada y estar excluidos del Derecho Administrativo, parecían menos revolucionarios.

En la actualidad aparecen muy diversas formas de esta colaboración, siendo frecuente¹⁴⁶ en numerosas normas atribuir funciones públicas a entes privados, especialmente en materias en las que se requiere una especial cualificación técnica o la utilización de unos

¹⁴² La actual normativa portuaria –Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre– los asimila más bien a concesionarios ya que, aunque habla de “licencias”, los somete a concurso público sobre la base de unos pliegos de prescripciones.

¹⁴³ SAINZ MORENO F, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 1699-1700

¹⁴⁴ ALLI ARANGUREN J C, “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 302, (septiembre-diciembre) 2006, págs. 91-135.

¹⁴⁵ DEL SAZ S, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA C, LOZANO B, DEL SAZ S, “*Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*”, Civitas, Madrid, 1992, pág. 140.

¹⁴⁶ Una “*mancha de aceite*” para LAGUNA DE PAZ J C, “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, mayo-agosto 2011, pág. 95.

medios de los cuales la Administración no dispone. Esta atribución es muy habitual en materia de industria, así, por ejemplo, las entidades colaboradoras contempladas en los artículos 15 a 17 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y 41 y ss. del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial; en medio ambiente, los verificadores ambientales contemplados en el Reglamento (CE) 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009-; en materia de aguas (artículo 101 del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio y artículo 255 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril y también en sectores específicos como las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional contempladas en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

Estas entidades han llegado incluso a la normativa general de procedimiento administrativo y así la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña dedica a este tipo de entidades los artículos 91 a 96. En algún caso, incluso, se han creado por medio de ordenanzas locales como es el caso de las entidades colaboradoras creadas por la Ordenanza de 29 de junio de 2009 del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades¹⁴⁷, supuesto que analizaremos en otro capítulo de este trabajo.

En otros ordenamientos estas figuras han sido objeto de una especial atención y así, en el derecho alemán¹⁴⁸ se considera que estas entidades pueden realizar funciones públicas mediante un acto de apoderamiento (*Beleihung*) y, en Italia, GARDINI¹⁴⁹ destaca que, desde ZANOBINI, se viene admitiendo la posibilidad de que sujetos privados ejerzan funciones públicas (*munera*) y, así, el artículo 1-ter de la Ley nº 241 de 7 de agosto de 1990, reguladora del procedimiento administrativo (modificada en 2005 y 2009) establece que los sujetos

¹⁴⁷ La citada Ordenanza fue recurrida por la Comunidad de Madrid resultando anulados gran parte de sus preceptos por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (recurso 311/2010). Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento fue desestimado por sentencia de 10 de diciembre de 2013 (recurso 2564/2011). Entre tanto, la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña procedió a dar cobertura legal a estas entidades colaboradoras en su Disposición Adicional 2ª, si bien atribuyendo la competencia para su homologación y registro a la Comunidad de Madrid y remitiéndose a un desarrollo reglamentario.

¹⁴⁸ DARNACULLETA I GARDELLA M M, “La colaboración de entidades privadas en Alemania: Las *Beliehene* o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración”, en “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, (GALÁN GALÁN A y PRIETO ROMERO C (dir.)), Huygens, Barcelona, 2010, págs. 85-123.

¹⁴⁹ GARDINI G, “Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana”, en GALÁN GALÁN A y PRIETO ROMERO C (dir.), *op. cit.*, págs. 427 y ss.

privados a los que se atribuye el ejercicio de actividades administrativas garantizarán el respeto de los criterios y principios de la ley general sobre el procedimiento administrativo. Esta equiparación ha llevado a la Corte Constitucional (*Ordinanza* n° 157, de 21 de mayo de 2001) a declarar constitucional la Ley que preveía que los auxiliares de tráfico pudiesen, entre otras facultades, redactar actas de valoración de infracciones con la eficacia de una prueba legal¹⁵⁰.

En nuestro ordenamiento la posibilidad de que particulares pudieran ejercer funciones públicas, dictando, incluso, actos administrativos aparece recogida en el artículo 2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando menciona la posibilidad de recurrir directamente los actos de los concesionarios de servicios públicos “*de conformidad con la legislación sectorial correspondiente*” y, de una manera negativa, ha de recordarse que el artículo 20 b) LJCA no admite el recurso contencioso contra los actos de la Administración por parte de “*los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella*”.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000 (recurso 6862/1993) afirma, en relación con este tipo de entidades certificadoras, que “*La utilización de la técnica autorizatoria en relación con la encomienda¹⁵¹ a estas entidades privadas de determinadas funciones de carácter certificante cuyo ejercicio podía tener, respecto de los terceros inspeccionados o controlados, una inmediata eficacia jurídico-administrativa en el ámbito de la seguridad industrial (funciones que, por lo demás, «compartían» con las directamente ejercitables por la Administración controlante, desde el momento en que ésta se reservaba el derecho de no reconocer aquella eficacia jurídica externa e imponer sus propias decisiones en materia de verificación del cumplimiento de requisitos de seguridad), no encaja en el ámbito de las relaciones contractuales*”.

Como decimos, estas atribuciones de funciones públicas a particulares son, en nuestro derecho, cada vez más frecuentes si bien en ocasiones la atribución a entidades privadas de funciones de control e inspección no deja de suscitar dudas como lo demuestra el Dictamen

¹⁵⁰ Vid. MALTONI A, "Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla Giurisprudenza ed enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti: Attività amministrative dopo la riforma della L.N. 241/90", en MIGNONE C, *op. cit.*, págs. 353-369.

¹⁵¹ Entendemos que la utilización por la sentencia del término encomienda es poco adecuada por cuanto el artículo 15. 5 de la LRJ-PAC excluye de la encomienda de gestión a las personas jurídico privadas debiendo en esos casos acudir a la legislación de contratos públicos “*(...) sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo*”. Ahora bien, ese apartado ha desaparecido en la redacción del artículo de la nueva LRJSP.

del Consejo de Estado 1297/2012, de 20 de diciembre, que al dictaminar sobre la modificación de la normativa sobre de prevención y control integrado de la contaminación a los efectos de transponer una directiva europea destaca el que, como consecuencia de la transposición de normativa europea se acabe transfiriendo a entidades privadas funciones de autoridad y aconseja la introducción de algún tipo de control¹⁵².

La postura del Consejo de Estado no puede calificarse sino como acertada. Aun advirtiendo que la atribución de funciones públicas¹⁵³ que, como la inspección, implican un claro ejercicio de autoridad y por tanto *a priori* deberían quedar excluidas de la posibilidad de privatización¹⁵⁴, no es menos cierto que la primacía del derecho comunitario¹⁵⁵ obliga a admitir esa colaboración privada si bien ha de existir un adecuado sistema de control por parte del Estado.

Ahora bien, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2015 Grupo Itevelesa y otros (C-168/14) dictada en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anuló la normativa catalana sobre estaciones de inspección técnica de vehículos, consideró que la inmovilización del vehículo que podían decretar tales estaciones no podía considerarse una manifestación del ejercicio de poder

¹⁵² Según el citado Dictamen “*El artículo 29 proyectado, relativo al "Control e inspección", habilita a las Comunidades Autónomas a designar a entidades privadas para la realización de dichas actividades. Podría pensarse que dicha previsión parece consagrar lo que algún sector doctrinal ha denunciado como la "huida del Derecho Administrativo" y potencialmente vulnerar también la reserva a funcionarios públicos de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales establecida en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, teniendo indudablemente la función inspectora dicha consideración (p. ej., STS de 1 de abril de 2003).*

Sin embargo, se trata de una norma con rango de ley y el gran auge que este tipo de entidades colaboradoras parece tener no implica necesariamente que deba suprimirse esa posibilidad. Es más, la Directiva es clara al respecto al definir el concepto de "inspección" (y habría incongruencia con el artículo 3.w si se concentra la inspección solo en el personal, funcional o laboral, de las Administraciones Públicas) ya que habla de "acción llevada a cabo por la autoridad competente o en nombre de esta...". Si se podría, sin embargo, establecer algún límite de manera que, aun cuando alguna Comunidad Autónoma haga uso de esa potestad, siga obligada, por ejemplo, a aprobar un plan de inspección y, a su vez, al menos vigilar -si no inspeccionar- el trabajo de esas entidades cuando sean demasiado utilizadas.”

¹⁵³ Conviene recordar que los artículos 275 (contrato de gestión de servicios públicos) y 301 (contrato de servicios) del TRLCSP impiden que se pueda contratar con particulares servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda en su Informe 14/10, de 23 de julio de 2010 considera que debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada.

¹⁵⁴ Para DE LA SERNA BILBAO las actividades administrativas son un límite a la posibilidad de privatización. Vid. DE LA SERNA BILBAO M^a N, *op.cit.* 186.

¹⁵⁵ En numerosos casos la privatización (en cuanto atribución de funciones públicas a los particulares) viene impuesta por el derecho comunitario planteando problemas como el apuntado por el Consejo de Estado.

público¹⁵⁶ toda vez que, si el propietario del vehículo se oponía a la inmovilización, únicamente las autoridades de la Generalidad de Cataluña competentes en materia de tráfico y policía estaban facultadas para adoptar medidas coercitivas o de compulsión física.

En una línea de cautela se sitúa REBOLLO PUIG¹⁵⁷ para quien estamos ante un fenómeno “*extraño*” por el que los particulares sustituyen o colaboran muy decididamente en la actividad administrativa de limitación a través de mecanismos tales como la autorregulación y una “*variopinta legión*” de entidades privadas, certificadoras y colaboradoras viene propiciado por la Unión Europea y, aun cuando reconoce que es “*peligroso*”,¹⁵⁸ entiende que puede articularse sin que ello suponga un detrimento esencial de los intereses generales y de la responsabilidad administrativa. Para ello es necesario “(...) *regular esto con exquisita prudencia para conseguir que la Administración encuentre realmente colaboradores, no otra cosa, y para que la Administración no pierda los conocimientos y la fuerza para imponer lo que exija el interés general*”. Lo contrario podría lugar a lo que NIETO¹⁵⁹ denomina “zonas jurídicas exentas” en las que el derecho se escapa de los poderes constitucionales del Estado.

Para RIVERO ORTEGA¹⁶⁰ la Ley debe determinar claramente las tareas a realizar por los sujetos inspectores privados, sus poderes y su margen de apreciación, revisable en todo caso en vía administrativa y judicial. El autocontrol puede facilitar y complementar el control público, pero en ningún caso puede sustituirlo. Admitir un ejercicio de funciones públicas ajeno por completo a la dirección política o al control parlamentario chocaría tanto con el principio democrático como con lo que han de ser las garantías propias de un Estado de Derecho.

¹⁵⁶ Como indicamos anteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1997 (recurso 5751/1993) sí consideró la inspección técnica de vehículos como una función pública derivada de la soberanía del Estado.

¹⁵⁷ REBOLLO PUIG M, “Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, Iustel, 2014.

¹⁵⁸ Un ejemplo de estos “*peligros*” se puede encontrar en los hechos objeto del Dictamen 146/15, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. La Entidad Nacional de Acreditación, asociación de derecho privado sin ánimo de lucro que asume en España las funciones de organismo nacional de acreditación conforme establece la normativa comunitaria, remitió un aviso a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid advirtiéndole que un laboratorio había remitido información falsa por lo que procedía a retirarle la acreditación. La Consejería comunicó estos hechos a determinados centros sanitarios que eran clientes del citado laboratorio. Tras unas actuaciones penales que fueron finalmente archivadas, el laboratorio interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Comunidad de Madrid al afirmar que su actuación le había ocasionado una pérdida de clientela. El dictamen entiende que la reclamación se interpuso más allá del plazo legal de un año y, por tanto, está prescrita.

¹⁵⁹ NIETO A, “*Crítica de la Razón Jurídica*”, Trotta, Madrid, 2007, págs. 218-219, 224.

¹⁶⁰ RIVERO ORTEGA R, “*El Estado Vigilante*”, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 156-157.

En cualquier caso, la utilización de estas entidades se ha extendido a ámbitos tradicionalmente considerados de ejercicio de funciones públicas como es el caso de la función interventora prevista en la normativa presupuestaria y el control del Banco de España y el Ministerio de Economía sobre el sector bancario.

Así la disposición adicional 2ª de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria prevé que, en caso de insuficiencia de medios para la realización del Plan General de Auditorías previsto en el artículo 165 de la citada Ley, la Intervención General del Estado pueda recabar la colaboración de empresas privadas de auditoría, previa declaración de esa insuficiencia por Orden Ministerial en la que se “*especificará*¹⁶¹ *la insuficiencia de los servicios de la Intervención General de la Administración del Estado que justifique esa contratación*”.

De otro lado, en la supervisión de entidades de crédito¹⁶², el Ministerio de Economía y Competitividad y el Banco de España han contratado a consultoras y auditoras privadas para la valoración de los balances del sistema bancario español. Esta actuación, verdaderamente excepcional y que ha de enmarcarse en un contexto de una crisis bancaria que obligó a solicitar un préstamo de la Unión Europea para el saneamiento del sector financiero español que supuso la intervención de ocho entidades de crédito, determinó que estas entidades supervisasen la solvencia de las entidades de crédito españolas, función que corresponde al Banco de España conforme el artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

Tras destacar la opacidad del proceso y que el Banco de España se limitase a hacer suyas las conclusiones de estas auditoras privadas, IZQUIERDO CARRASCO¹⁶³ entiende

¹⁶¹ La Orden HAP/1368/2014, de 14 de julio, por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas, no justifica esa insuficiencia, sino que se limita a indicar que la Intervención carece de efectivos suficientes y que existen razones de eficiencia técnica y organizativa y, fundamentalmente, razones orientadas a cumplir la normativa nacional y comunitaria que justifican esa contratación.

En suma, nada diferente a las generalidades contenidas en la memoria de necesidad de cualquier contrato administrativo de servicios.

¹⁶² En esta materia Vid. PADROS REIG C, “La relevancia de la Culpa in Vigilando en la regulación y supervisión financiera y bancaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, núm. 128, 2012, MAGIDE HERRERO M, “El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la Administración: Especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”, en “Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999, págs.373-398 y BLANQUER CRIADO D, “La CNMV”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁶³ IZQUIERDO CARRASCO M, “¿Cabe el empleo de entidades colaboradoras en la supervisión sobre entidades de crédito?”, en “*La Función Inspectoral. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de*

que pese a las reservas doctrinales en cuanto al ejercicio de funciones públicas por sujetos privados y, en especial, al ejercicio por estos de funciones inspectoras, lo cierto es que no existe en la Constitución ningún respaldo claro y contundente a estos reparos de tal forma que considera, en línea con la mayoría de la doctrina, que para esta participación de particulares en las funciones públicas se necesita cumplir los siguientes requisitos: a) que lo prevea una Ley expresamente; b) que se garanticen los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego y; c) que exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación.

Ahora bien, como se ha expuesto, con frecuencia la intervención de estas entidades colaboradoras se contempla en normas reglamentarias incluso en ordenanzas municipales con una regulación extremadamente deficiente en cuanto a las garantías de terceros. IZQUIERDO CARRASCO cita un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de febrero de 2013 que ordenaba el cese de las actuaciones inspectoras realizadas sobre una caja de ahorros por una entidad privada que actuaba por mandato de la Junta de Andalucía puesto que ello podía afectar a la privacidad de las personas que tenían relaciones comerciales con esa caja y cuyos datos podía conocer la citada entidad privada.

De igual forma puede citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011¹⁶⁴ (recurso 311/2010) confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2013 (recurso 2564/2011) que anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid que establecía la participación de entidades colaboradoras en cuanto consideraba que la remuneración a estas entidades constituía una prestación patrimonial de carácter público exigida a los particulares de forma coactiva, entendiendo igualmente la Sala de Instancia que las facultades conferidas por la Ordenanza vulneraban el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (al permitir el acceso de los empleados de la entidad colaboradora a las distintas instalaciones) e incluso el derecho a la tutela judicial efectiva puesto que la Ordenanza articulaba un sistema de reclamación que no hacía sino dilatar la eventual concesión de la licencia.

Profesores de Derecho Administrativo” (Diez Sánchez J J, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, págs. 211-222.

¹⁶⁴ La sentencia ha sido comentada por CASADO ECHARREN A, LÓPEZ FERRANDO C y LORA-TAMAYO VALLVÉ M, “Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 por la que se anulan diversos preceptos de la Ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 267, julio-agosto 2011, págs. 121-158 y por FERNÁNDEZ TORRES J R, “Acerca de la anulación judicial de la ordenanza municipal de Madrid, de 29 de junio de 2009, referente al régimen de gestión y control de licencias (comentario a la STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2011)”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, 2011, págs. 123-129.

Las citadas sentencias reconocen la necesaria reserva de ley para la actuación de estas entidades en los supuestos en los que cobren una cantidad de los particulares, pero dejan la puerta abierta a aquellos casos en los que no se cobre tal cantidad. De hecho la sentencia no aborda otras cuestiones planteadas por las partes como eran la posible vulneración de la reserva de ley del artículo 105 c) de la CE puesto que la Ordenanza articulaba un procedimiento específico para la concesión de las licencias sin respaldo en la ley urbanística aplicable¹⁶⁵, el establecimiento de un régimen sancionador en la Ordenanza y la ausencia de regulación de un régimen de incompatibilidad para el personal de las entidades gestoras¹⁶⁶.

En cualquier caso, como se expondrá posteriormente al tratar la responsabilidad de estas entidades, la escasa normativa que contempla su actuación se caracteriza por su carácter incompleto y por no abordar cuestiones esenciales, como son la eficacia de sus actos, sus procedimientos de actuación ni las garantías de los derechos de los terceros. Ello puede afectar a derechos constitucionales como los contemplados en los artículos 18 y 31 de la CE, tal y como se recogió en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero también puede afectar a la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública recogida en el artículo 106 de la CE, tal y como analizaremos.

¹⁶⁵ En concreto la Ley 7/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. La sentencia alude a la competencia estatal del artículo 149.1.18ª de la CE en cuanto a las bases del procedimiento administrativo común pero no extrae de ello consecuencia alguna.

¹⁶⁶ En parte tal contenido puede deberse a que la Sala madrileña hizo uso de la facultad del artículo 33.2 de la LJCA.

Capítulo 3

PROBLEMAS Y LÍMITES DE LA PRIVATIZACIÓN

3.1. LA PRIVATIZACIÓN COMO REFLEJO DE LA VIEJA DICOTOMÍA DERECHO PÚBLICO/DERECHO PRIVADO.

Lo anterior nos conduce a la necesaria respuesta que ha de darse a los problemas jurídicos que plantea la privatización de servicios públicos y que no solo exigen replantearse el concepto y los límites del derecho administrativo sino que inciden en el problema de la división del derecho en público y privado, lo que el Digesto¹⁶⁷ denominaba la “*summa divisio iuris*”.

Cuando MUÑOZ MACHADO¹⁶⁸ define el derecho administrativo como el conjunto de técnicas e instituciones que establecen la disciplina jurídica de la Administración Pública cuando se organiza, decide o se relaciona con los ciudadanos, a continuación se ve obligado a precisar que no es el único derecho aplicable a la Administración. A ello se ha de sumar que cabe preguntarse igualmente qué se entiende por Administración.

Si los primeros administrativistas identificaban a la Administración con el poder ejecutivo, la necesidad de perfilar el ámbito de la jurisdicción contenciosa en la cual la Administración no se sometía a los tribunales ordinarios hizo que se acudiera primero al concepto de los actos de poder público (*puissance publique*) y después al criterio de servicio público matizado posteriormente por la doctrina de la prerrogativa (HAURIOU) y la de la personalidad jurídica de la Administración (ALBRECHT, LABAND, JELLINEK, GARCÍA DE ENTERRÍA).

El derecho positivo español ha optado por esta última teoría¹⁶⁹ y así el artículo 3.4 de la LRJ-PAC establece que cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.¹⁷⁰ Ahora bien, esta opción legislativa no deja de plantear problemas como el ya planteado en cuanto a qué se ha de entender por Administración Pública, cuestión que recibe un tratamiento diferente en diversas

¹⁶⁷ Digesto I.I.2.

¹⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, vol. I, pág. 57.

¹⁶⁹ Con algunas excepciones como las de GARRIDO FALLA Y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

¹⁷⁰ Esta personalidad jurídica se recoge en las leyes reguladoras de cada Administración desde Estatutos de Autonomía, norma institucional básica de las Comunidades Autónomas como establece el artículo 147 de la CE (vid. artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero), artículo 2.2 de la LOFAGE o el artículo 3.4 de la LRJ-PAC que reproduce casi literalmente el artículo 3.4 de la nueva LRJSP con la superflua remisión a su artículo 2 que enumera las Administraciones públicas a los efectos de la Ley.

leyes, no solo por razón de la Administración territorial que las dicta sino también en función de la concreta materia objeto de actividad administrativa (procedimiento administrativo, contratación pública, jurisdicción contenciosa, gestión presupuestaria, etc.).

Pues bien, a la problemática anterior se suma la privatización de servicios públicos que la Administración gestiona amparándose en personificaciones de derecho privado o encomendándolos directamente a personas jurídico privadas planteando la distinción entre derecho público y privado.

VELASCO CABALLERO¹⁷¹ considera que la colaboración público-privada ha abierto la realización de tareas públicas con la asistencia o por medio de privados pero esa apertura se produce en el marco del derecho público sin ampliar los confines del derecho privado destacando que la STC 18/1984, de 7 de febrero, afirma que el Estado social de derecho persigue fines de interés general que han de seguir conseguidos, no necesariamente por el Estado, sino por una acción mutua Estado-sociedad.

Postura contraria es la de JAVIER BARNÉS¹⁷² que entiende que la estrategia a seguir no ha de consistir en la “*extensión pura y simple del Derecho administrativo por terrenos nuevos*” sino en la “*introducción*” en el derecho privado de elementos, componentes, criterios o garantías cultivados en el derecho administrativo “*con las necesarias –que no serán pocas– adaptaciones*”. Partiendo de su creencia en cuanto a que no hay fronteras claras entre el derecho público y el privado afirma que ha de existir una interacción y colaboración entre ambos, semejante a las relaciones colaborativas Estado-sociedad.

No obstante, el fenómeno indiscutible de atribución de funciones y/o servicios públicos a particulares no deja de dar lugar a importantes problemas prácticos.

ESTEVE PARDO¹⁷³ considera que la sustitución de las clásicas formas de control administrativo por fórmulas de autocontrol (declaración responsable, entidades de control, etc.) supone una sustitución de la aplicación de la Ley por una contractualización en la que el particular ha de sustituir la autorización administrativa por una relación contractual con otros sujetos privados acudiendo a un mercado de acreditaciones, certificaciones, seguros basado en el particularismo de los pactos que se acuerden por las partes. De esta forma, para este autor,

¹⁷¹ VELASCO CABALLERO F, “*Derecho Público más Derecho Privado*”, Marcial Pons, Madrid, 2014.

¹⁷² BARNÉS J, “La Transparencia: Cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias”, en “*Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*”, (GARCÍA MACHO R (ed.)), Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 77-125.

¹⁷³ ESTEVE PARDO J, “La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, págs. 1231-1239.

al despublicarse el sistema de control de legalidad se entrega así el control y la cobertura frente a responsabilidades a la sociedad y sus agentes. Ello supone no solo que se desatiende la perspectiva de la legalidad y el interés general sino también la perspectiva social y vecinal sin que, por otra parte, esta fórmula cuente, a diferencia del sistema norteamericano en el que se inspira, de un régimen de responsabilidad severo y ejemplarizante en su aplicación judicial¹⁷⁴

3.2. PROBLEMAS DE LA PRIVATIZACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

En los países anglosajones en los que el ejercicio de funciones públicas por particulares ha tenido tradicionalmente una gran importancia (Estados Unidos) o que fueron pioneros en la privatización de empresas y servicios públicos (Gran Bretaña) han surgido problemas jurídicos en cuanto a la aplicación de reglas constitucionales o de derechos amparados por convenios internacionales.

En los Estados Unidos la jurisprudencia viene estableciendo que la 14ª Enmienda, relativa a la aplicación del debido proceso (*due process*) y la legislación relativa a los derechos civiles, no es aplicable a los particulares de tal manera que las *state action* por las que los ciudadanos pueden reclamar por la vulneración de estos derechos solo pueden hacerse valer frente a los Estados.

Esta jurisprudencia permitió que la legislación dictada tras la guerra de secesión para asegurar los derechos de la población de color a la que se había emancipado al eliminar la esclavitud no fuese aplicada en amplios sectores del Sur. De hecho, el Tribunal Supremo admitió en *Grovey v. Townsend* (1935) que las elecciones primarias se hicieran solo para blancos entendiéndose que los partidos políticos eran organizaciones privadas si bien, posteriormente, en *Smith v. Allwright* (1940) revocó (*overruled*) esa doctrina al entender que los partidos políticos juegan un papel fundamental en el proceso democrático y deben ser considerados como oficialmente sancionados por el Estado.

Uno de los campos en los que la doctrina de la *state action* se ha mostrado especialmente ineficaz es el de los servicios privatizados que, en Estados Unidos abarcan no solo servicios prestacionales como pueden ser la sanidad o los servicios sociales, sino incluso centros penitenciarios o actividades relacionadas con la defensa.

¹⁷⁴ Ha de recordarse el importante juego en el derecho norteamericano de los daños punitivos (*punitive damages*) que intensifican la función preventiva de la responsabilidad extracontractual.

El Tribunal Supremo norteamericano¹⁷⁵ ha entendido que la *state action* solo puede dirigirse frente a las entidades privadas si la Administración está obligada a prestar directamente esos servicios. La sentencia (relativa a la prestación de servicios de enfermería) considera que estos servicios no son el tipo de decisiones tradicionalmente vinculadas a la soberanía y al interés público¹⁷⁶.

El Tribunal ha establecido tres axiomas al respecto: 1) La existencia de una regulación pública no convierte una acción civil en una *state action*.; 2) El Estado solo es responsable de la decisión de un particular si ha ejercitado un poder coactivo o ha proporcionado un estímulo; y 3) La *state action* procede cuando el particular ha ejercitado poderes que tradicionalmente son exclusivos del Estado.

Para FRANKEL¹⁷⁷, en la medida en que los gobiernos continúan delegando funciones públicas a compañías privadas, es extremadamente importante determinar las normas por las que se ha de regir la privatización para asegurar que las empresas respeten adecuadamente los valores públicos y los derechos constitucionales.

El problema ha dejado de ser meramente doctrinal para saltar a primera plana a raíz de los abusos cometidos por empresas contratistas del Departamento de Defensa en Irak.¹⁷⁸

La intensa utilización de contratistas privados en una actividad como la militar tradicionalmente inherente a la soberanía estatal puso de manifiesto la ausencia de mecanismos adecuados de control de la actividad de los contratistas. Así, MARTHA MINOW¹⁷⁹ ha destacado que, si bien la privatización puede producir ventajas como ahorro o incluso pluralismo, también existen riesgos de fraude, mala administración y falta de transparencia como lo demuestra el que un análisis de los contratos del Departamento de

¹⁷⁵ Blum v. Yaretsky , 457 U.S 991 (1982)

¹⁷⁶ Curiosamente estas afirmaciones recuerdan lo expuesto sobre la actividad técnica de la Administración por GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 14ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 825-828 si bien RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J M, "La administración del Estado Social", Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 61 critica este concepto por entender que pretende recoger todo lo que "estorba" en una concepción clásica del derecho administrativo basada en el acto, el contrato y la norma.

¹⁷⁷ FRANKEL R, “Regulating privatized government through § 1983”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.76, Fall 2009, núm. 4, págs. 1449-1515.

¹⁷⁸ Especialmente notorios fueron los casos de abusos a prisioneros en la cárcel de Abu Graib y la matanza de diecisiete personas en la Plaza Nisour de Bagdad. Esta última dio lugar a la condena penal de los empleados de una empresa de seguridad contratada por el Departamento de Estado en un tribunal federal norteamericano y el primero ha dado lugar a reclamaciones por daños al amparo de la Alien Tort Statute de 1789 si bien con múltiples dificultades por la interpretación restrictiva que de esa posibilidad hace el Tribunal Supremo (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659 (2013)).

¹⁷⁹ MINOW M, “Outsourcing Power. Privatizing military efforts and the risks to accountability, professionalism and democracy” en “*Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*”, (FREEMAN J, MINOW M (coords.)), Harvard University Press, Cambridge, 2009.

Defensa mostrase que en un 87% no existían adecuados planes de vigilancia y en un 43% ni siquiera se llegaron a documentar los resultados.

Para esta autora, mantener el control necesario sobre una actividad externalizada debería ser una actividad inherente al gobierno y, como tal, ha de declararse por una ley su imposibilidad de externalización¹⁸⁰.

Así se ha afirmado¹⁸¹ que el derecho americano de contratos, aunque a la misma conclusión se podría llegar en el derecho español¹⁸², se ha centrado en los licitadores pero se ha olvidado de los derechos de los terceros.

Resulta especialmente interesante la discusión que se ha generado en Estados Unidos sobre la aplicación a los contratistas de la Administración de algunas especialidades del derecho de daños que son de aplicación a los entes públicos.

Así mientras que se ha considerado que los particulares no podían demandar a los contratistas de material militar si este se había suministrado con arreglo a las especificaciones establecidas por el Gobierno, el material cumplía tales especificaciones y el contratista había avisado al Gobierno de los peligros del material conocidos por el proveedor pero no por el Gobierno¹⁸³, se ha considerado que los entes públicos no pueden ser condenados a pagar daños punitivos¹⁸⁴ por cuanto en estos casos no se cumple la función de estos daños (castigar la conducta de quien ha actuado con extrema negligencia) puesto que se produce un traspaso del coste de estos daños al contribuyente que paga los impuestos que financian el ente público. Por el contrario, SABATINO¹⁸⁵ se opone a esta extensión considerando que carece de sentido premiar así a contratistas que ejecutan mal los servicios encomendados por el Estado, teniendo derecho los ciudadanos a fiscalizar su actuación mediante estos daños ya que el Estado no ha controlado adecuadamente a sus contratistas.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, págs. 115 y 117.

¹⁸¹ KELMAN STEVEN J, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concerns. A contracting management perspective”, en “Government by Contract. Outsourcing and American Democracy”, *op. cit.*, pág. 153.

¹⁸² Especialmente por cuanto las numerosísimas reformas de la legislación de contratos públicos se han centrado en la preparación y adjudicación de los contratos ante la necesidad de transponer adecuadamente las Directivas comunitarias de contratos. Al dejar libertad las Directivas a cada Estado para regular la ejecución el legislador español se ha limitado a reproducir casi literalmente las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuyo contenido deriva de la vieja Ley de Contratos del Estado de 1965.

¹⁸³ *Boyle v. United Technologies Corp.* 487 U.S. 500 (1988).

¹⁸⁴ *Newport v. Fact Concerts Inc.* 453 U.S. 247 (1981).

¹⁸⁵ SABATINO JACK M, “Privatization and Punitives: Should Government contractors share the Sovereign’s immunities from exemplary damages”, *Ohio State Law Journal*, vol. 58, núm 1 (1997), págs. 157-240.

En el derecho británico el problema se ha planteado a la hora de aplicar la *Human Rights Act* (HRA) por la que, en el año 2008, el Reino Unido incorporó a su derecho el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En dicha norma se establece que resulta de aplicación a las autoridades.

CRAIG¹⁸⁶ destaca que esta ley planteó problemas en casos en los que autoridades municipales encargaban a entidades privadas la prestación de servicios sociales. Los tribunales distinguieron entre los casos¹⁸⁷ en los que las entidades privadas estaban controladas por la entidad local en cuyo caso resultaba aplicable la HRA y aquellos otros¹⁸⁸ en los que se consideraba que no existía tal control sino que se trataba de una relación privada entre particulares, existiendo un contrato entre la entidad local y la prestadora de servicios sociales por lo que no sería aplicable la HRA. Entiende este autor que es contrario al principio constitucional considerar que la protección contenida en la HRA debe variar en función de la forma de prestación del servicio y que la aplicación de obligaciones de derecho público no socavaría las razones para la externalización, aunque pudiera influir en el precio. Destaca además que, a menudo, los demandantes carecían de relación contractual alguna con el prestador del servicio y, por tanto, carecían de recurso alguno.

NIETO GARRIDO¹⁸⁹ al analizar la implantación en la Administración británica del New Public Management en lo que se ha denominado “gobierno por contratos” destaca que este fenómeno ha determinado un giro hacia un modelo de gestión pública más próximo al modelo de gestión privada en el que los administrados son consumidores de productos y los contratos con terceros para la prestación de servicios públicos o la ejecución de obras públicas permiten identificar claramente al responsable de la actividad¹⁹⁰.

Estas experiencias ponen de manifiesto el que la privatización, ya se esté a favor o en contra, plantea problemas que trascienden de los meramente doctrinales sobre la aplicación o

¹⁸⁶ CRAIG P, “La externalización de funciones públicas, la Ley Británica de derechos humanos y el alcance del control judicial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, 2012.

¹⁸⁷ Sentencias del Tribunal Supremo (apelaciones) Poplar Housing v Donoghue [2001] EWCA Civ 595.

¹⁸⁸ R v Servite Houses, ex p Goldsmith [2001] LGR 55 y R (Heather) v Leonard Cheshire Foundation [2002] EWCA Civ 36. En esta última se afirmó que las entidades públicas deberían obligar en los contratos a que las entidades privadas prestadoras de los servicios respetasen los derechos recogidos en el Convenio.

¹⁸⁹ NIETO GARRIDO E, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 391-417.

¹⁹⁰ Sin embargo, la autora reconoce que la determinación de la responsabilidad en las nuevas agencias no es tan clara puesto que, a pesar de determinadas disposiciones que confieren autonomía a las mismas, al no tener personalidad jurídica distinta del departamento de adscripción, el titular del mismo es el responsable último de la actividad de la agencia.

no del derecho administrativo o los relativos a la carga ideológica con la que se critique o defienda el fenómeno.

3.3. PRIVATIZACIÓN Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La profunda transformación que está sufriendo el Estado social conlleva que este ha de asumir no tanto un papel de prestador de los servicios que supone esa naturaleza social sino un papel de garante de los mismos. En esa tarea que ha de asumir el Estado corresponde al derecho administrativo aportar las instituciones precisas para asegurar esa correcta prestación que ya no vendrá directamente de la Administración¹⁹¹.

Es por ello necesario, como afirma PAREJO ALFONSO¹⁹² una "*renovación de la teoría de la organización de la ejecución administrativa*" que permita determinar los (eventuales) límites de esta externalización así como los mecanismos que permitan que los ciudadanos no vean disminuidas las garantías que les venía ofreciendo el ordenamiento jurídico¹⁹³ (a través de las instituciones propias del derecho administrativo) en la prestación de servicios.

En primer lugar, deberían establecerse los límites de la privatización. A priori, como se ha indicado, no deberían externalizarse aquellas tareas que se pueden considerar como inherentes al Gobierno o, en terminología más tradicional, las que impliquen el ejercicio de autoridad propia de los poderes públicos. Esa es la concepción que recoge tanto la normativa de contratación como la de función pública.

Ahora bien, como hemos visto, funciones tradicionalmente públicas como la inspección se encomiendan a sujetos privados por influjo del derecho comunitario por más que el que el artículo 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁹⁴ (versión

¹⁹¹ Ya en 1984 PEREZ ROYO destacó el importante valor que el Tribunal Constitucional dio a la cláusula del Estado Social a diferencia del Tribunal alemán. Vid. PEREZ ROYO J, "La doctrina del tribunal constitucional sobre el Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984.

¹⁹² PAREJO ALFONSO L, "El Estado Social Administrativo. Algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000.

¹⁹³ Así SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO considera que la utilización del derecho privado podría dar lugar a una nueva inmunidad del poder.

¹⁹⁴ El citado precepto establece que "*Las disposiciones del presente capítulo [derecho de establecimiento] no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque, sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.*

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo."

consolidada) permita exceptuar del Tratado las actividades relacionadas con el poder público¹⁹⁵.

Partiendo de este precepto, CARAZO LIEBANA¹⁹⁶ considera que la determinación de las actividades vinculadas a la autoridad pública no es una cuestión que pueda decidir unilateralmente cada Estado sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia al interpretarlo.

Así, entiende que no serían privatizables la actividad de policía, la regulación y sanción, la Administración penitenciaria y la Administración de Justicia. Considera, igualmente, que tampoco podrían ser objeto de una privatización sustancial determinadas actividades en las que la Constitución obliga al legislador a mantener una continuidad en su prestación como sería la Seguridad Social (artículo 41), la educación (artículo 27) y los medios de comunicación social dependientes del Estado¹⁹⁷ (artículo 20).

A nuestro juicio no se trata de un planteamiento correcto. El artículo 51 TFUE lo que persigue es asegurar las libertades comunitarias de tal forma que los nacionales de los distintos estados tengan un trato equivalente. Ello no quiere decir que los Estados no puedan reservar al sector público una actividad sino tan solo que, si la externalizan, los nacionales de otros estados tengan los mismos derechos a la hora de participar en la gestión¹⁹⁸. Por ello el artículo 51 TFUE ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 45.4 TFUE sobre el acceso de nacionales de otros estados a la función pública¹⁹⁹. De igual manera, si se somete a

¹⁹⁵ MONTOYA MARÍN recuerda que el Tribunal en la sentencia de 20 de marzo de 1985 (C-41/83) Italia c. Comisión consideró que el ejercicio de autoridad pública supone la facultad de utilizar prerrogativas exorbitantes al derecho común, privilegios del poder público, poderes de coerción que se imponen a los ciudadanos. Vid. MONTOYA MARÍN, *op.cit.*, págs. 191-193.

¹⁹⁶ CARAZO LIÉBANA M J, “Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, octubre de 2011, págs. 51-62.

¹⁹⁷ La STC 86/1982, de 23 de diciembre, rechaza el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que suprimía el organismo autónomo “*Medios de Comunicación Social del Estado*” al entender que el artículo 20.3 de la CE no pretende congelar la situación existente de los medios de prensa de titularidad estatal sino tan solo que su organización, gestión y control se adecuen a los parámetros recogidos en el precepto constitucional. La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado MANUEL DÍEZ DE VELASCO que considera que la privatización vulnera el artículo 20.3 al impedir el acceso a medios de comunicación de colectivos políticos y sociales que no disponen de los medios adecuados para hacerse oír.

¹⁹⁸ Sobre la incidencia de la externalización en el mantenimiento de un monopolio, Vid. DÍEZ MORENO F, “Reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de loterías. Incidencia de la privatización”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, núm. 2, 2011.

¹⁹⁹ Así el artículo 57 del Estatuto Básico del Empleado Público. El Tribunal de Justicia viene indicando que por “empleos en la Administración Pública” que puedan reservarse a los nacionales ha de entenderse aquellos que “*comportan el ejercicio de la autoridad pública y la atribución de responsabilidades para la salvaguarda de los intereses generales del Estado*” –STJCE 26 de mayo de 1982 Comisión c. Bélgica (C-149/79)–.

La Comisión Europea en su Comunicación de 18 de marzo de 1988 consideró como tales los relativos a las Fuerzas Armadas, fuerzas de seguridad y orden público, la Magistratura y empleos en la Administración que

licitación la externalización de un servicio público, las empresas de los estados miembros de la Unión Europea deben poder concurrir en los mismos términos que las nacionales sin que pueda haber restricciones a favor de empresas con domicilio social en España.

CANTERO MARTÍNEZ²⁰⁰ entiende que la excepción comunitaria ha de vincularse con la llamada función pública superior en cuanto altos cargos funcionariales si bien solo aquellos que realmente ejerzan un poder autoridad de tal forma que ejerzan un poder actual de decisión sobre la conducta de otras personas a lo que el Tribunal de Justicia ha unido la “*autonomía decisoria*” en el ejercicio de las prerrogativas de poder público²⁰¹.

Por tanto, resulta claro que si el Estado, bien por decisión propia o como consecuencia de normativa comunitaria, decide que determinada actividad sea prestada por particulares no puede establecer restricciones que obstaculicen la libre prestación de servicios.

Naturalmente ello no quiere decir que el Estado no pueda asumir prestaciones con medios propios, ya sea a través de los propios servicios de la Administración o mediante entidades de la Administración institucional²⁰². En estos casos lo que no se podría es limitar el acceso de los ciudadanos europeos al empleo público y si el Estado decide externalizar el servicio o la actividad deberá admitir el que empresas de otros países puedan participar sin establecer requisitos que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puedan suponer restricciones a la libertad de establecimiento.

Por tanto, el derecho europeo no establece límites a la externalización de servicios públicos sino que, más bien, trata de impedir que sobre la base de una interpretación restrictiva de la excepción del artículo 51 TFUE pueda obstaculizarse una libertad comunitaria tan esencial como es la de establecimiento.

supongan la elaboración, ejecución y control de actos jurídicos pero quedarían al margen los relativos actividades y servicios prestacionales, salud pública, educación e investigación civil.

²⁰⁰ CANTERO MARTÍNEZ J, “La incidencia de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, Documentación *Administrativa*, núm. 286-287, enero-agosto 2010, págs. 297-334.

²⁰¹ La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2009 Comisión c. República Portuguesa (C-438/08) considera que no basta que los organismos privados estén bajo la vigilancia de la autoridad administrativa para que puedan ser considerados en la excepción de poder público a los efectos del artículo 45 TCEE (actual artículo 51 TFUE) afirmando, al mismo tiempo, que la noción de poder público conlleva una autonomía decisoria de la que las ITV portuguesas, objeto de análisis en la sentencia, carecían toda vez que la concesión de la autorización era una especie de acto debido tras la realización de la actividad técnica de inspección de los vehículos.

²⁰² Así, a propósito de la inspección técnica de vehículos, el artículo 2 de la Directiva 2009/40/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, permite que cada Estado opte por realizar las inspecciones mediante sus propios servicios o bien encomendar a un “(...) organismo público encargado por el Estado de este cometido o por organismos o establecimientos designados por el Estado y que actúen bajo su vigilancia directa, que podrán ser organismos privados debidamente autorizados para ello

Cuestión distinta es la Constitución Española de 1978 que opta por establecer un modelo de Estado social y democrático de derecho en el que el Estado asume una obligación constitucional de prestar determinados servicios a los ciudadanos. Como destaca GARRORENA MORALES²⁰³ el Estado experimenta una sustancial transformación al corresponderle una función asistencial que le convierte en el gestor de toda clase de prestaciones, servicios asistenciales dirigidos a asegurar las condiciones fundamentales para la existencia humana, lo que FORSTHOFF denominó el Estado de la "*Daseinvosorge*" o de la procura existencial, concepto de Estado que muy pronto²⁰⁴ puso de manifiesto el que la Administración debía asumir un cambio en sus modos de actuación para cumplir ese nuevo cometido y, al mismo tiempo, el Estado debía asumir una concepción distinta de las relaciones Estado-sociedad basada en una interacción constante entre ambos niveles.

La cuestión estriba en determinar si la cláusula de estado social supone un límite a la externalización de tal forma que el Estado deba prestar directamente determinados servicios o, al menos, asumir una obligación de garantizar esa prestación, con independencia de que se preste por organismos públicos o por entidades privadas. La Administración pasa de ser una mera ejecutora de las leyes aprobadas por el Parlamento a ser una "*Administración del Estado Social*", modalidad que para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO²⁰⁵ se puede identificar como "*la actuación estatal específicamente administrativa puesta al servicio de la realidad de la Constitución social (...) o –de forma más gráfica, pero también más imprecisa– la Administración que ejecuta "el Derecho derivado de la política social"*".

Para este autor, el elemento clave que ha de presidir la articulación de la Administración del Estado Social es la "*responsabilidad*". El Estado no tiene el monopolio de lo social y ha de colaborar con las fuerzas sociales para optimizar los recursos públicos y privados disponibles. En esa tarea adquiere diferentes tipos de responsabilidad en función de la intensidad con que un determinado ámbito de tareas se sitúa bajo el poder directivo del Estado y el tipo de intervención con la que el Estado se hace presente en dicho ámbito.

Conviene recordar que nuestra Constitución establece que sus disposiciones vinculan tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos (artículo 9.1) de tal forma que, aunque los derechos sociales tengan como principales destinatarios de una obligación de actuación a los

²⁰³ GARRORENA MORALES A, "*El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*", Tecnos, Madrid, 1984, págs. 83 y ss.

²⁰⁴ MARTÍN RETORTILLO L, "La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "*Daseinvosorge*", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962, págs. 35-65.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J M, "*La Administración del Estado Social*", Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 59.

poderes públicos los ciudadanos tienen la obligación de cooperar a la consecución de los objetivos constitucionales. Superadas en gran parte las dudas sobre la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos y sobre su exigibilidad²⁰⁶, especialmente como pone de relieve VAQUER CABALLERÍA²⁰⁷ gracias a los nuevos mecanismos de control ante la inactividad de la Administración de tal forma que hoy podemos destacar como hace CASCAJO CASTRO²⁰⁸ que por más que en estos derechos el Estado aparezca como *pars debitoris*, lo cierto es que, en sistemas económicos de mercado, no siempre son el Estado u otros entes públicos los llamados a satisfacer las prestaciones pretendidas por los titulares de los derechos.

El Tribunal Constitucional ya señaló en la STC 18/1984 de 7 de febrero, (F.J. 3) que *"La interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, trasciende como hemos señalado al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la Sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general."*

La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado".

Lo que es claro es que como afirma HERREROS LÓPEZ²⁰⁹ los tribunales deben aplicar los derechos sociales aun cuando el legislador no fije un mínimo esencial por cuanto

²⁰⁶ DÍEZ MORENO considera no obstante que son más bien un sistema de valores o de orientaciones en la política estatal si bien afirma que no desea entrar en la cuestión de si son derechos subjetivos y, como tales, indemnizables. Vid. DÍEZ MORENO F, *"El Estado social"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 161.

²⁰⁷ VAQUER CABALLERÍA M, *"La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 182-192. Este autor destaca el cambio en la doctrina administrativa desde sus inicios cuando COLMEIRO considera la acción social como un acto basado en la equidad e incluso con fundamento religioso hasta autores como FERNÁNDEZ DE VELASCO que ya considera que estamos ante verdaderos derechos jurídicos.

²⁰⁸ CASCAJO CASTRO J L, *"La tutela constitucional de los derechos sociales"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 65-67.

²⁰⁹ HERREROS LÓPEZ J M, "La justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista de los Derechos Sociales*, núm.1, julio -diciembre 2011, págs.78-92.

todos los preceptos constitucionales que reconocen estos derechos presentan un sentido lo suficientemente inteligible como para derivar de ellos prestaciones mínimas. A partir de esta premisa SOTO LOSTAL²¹⁰ entiende que las restricciones de derechos sociales podrían conllevar tanto la responsabilidad del Estado legislador como la responsabilidad de la Administración del artículo 106.2 de la CE.

La participación de los particulares en la consecución de los fines del Estado Social se ha visto reconocida por el Tribunal Constitucional incluso en el caso de la Seguridad Social, configurada en el artículo 41 de la CE como "*un régimen público*" que ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales adecuadas ante situaciones de necesidad. Es por ello que la STC 37/1994, de 10 de febrero, tras calificarla como una "*garantía institucional*" (F.J 4) añade que tal garantía "*(...) en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien, este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen.*"

Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto."

Este reconocimiento de la posible participación de sujetos privados en la organización y prestación de servicios públicos se ha acogido igualmente en la jurisprudencia contencioso administrativa. Así, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005 (recurso 1537/2001) al examinar el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 (recurso 2733/1997) que desestimaba el recurso interpuesto por un sindicato contra la licitación y los pliegos por los que se había de regir un contrato de gestión de servicio público mediante concesión de la atención especializada de un área de salud.

²¹⁰ SOTO LOSTAL S, "Regresividad, derechos constitucionales y Estado social", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio-diciembre 2013, págs. 44-78.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia y recuerda que los artículos 41 y 43 de la CE no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud recordando a tal efecto la doctrina de la STC 37/1994. Destaca, igualmente, que la legislación de contratos de las Administraciones públicas contempla el contrato de gestión de servicio público como forma de gestión indirecta de los servicios públicos. De igual forma, tanto el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD como la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, se ocupan de formas de gestión del sistema de salud mediante la intervención de entidades privadas.

Cobra un especial relieve la argumentación de la sentencia (F.J. 2) en cuanto a la referencia del apartado 2 del artículo único de la Ley 15/1997 relativa a que la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios podría llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos, con personas o entidades públicas o privadas en los términos previstos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Para el Tribunal Supremo ello no debía excluir el contrato de gestión de servicios públicos en cuanto modalidad de gestión no prevista en la Ley 14/1986, sino que la referencia debía entenderse "*(...) del único modo congruente y posible, estimando que esa referencia deja en vigor, como no podía menos, las nuevas formas de gestión que la nueva norma autoriza y dispone, siempre que se respeten y salvaguarden los derechos de los usuarios, a que se refiere la Ley General de Sanidad, esto es, que apliquen las nuevas formas de gestión autorizadas por la Ley, pero cuidando que ello no redunde en perjuicio del usuario del servicio, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos*".

En relación asimismo con la privatización de la gestión de la sanidad pública, la reciente STC 84/2015, de 30 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta senadores contra diversos preceptos de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid por los que se adoptaban determinadas medidas para gestionar diversos hospitales públicos mediante contratos de gestión de servicios públicos así como la posibilidad de que sociedades profesionales de sanitarios gestionasen centros de atención primaria.

Para el Tribunal Constitucional (F.J. 7) el artículo 41 de la CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso una gestión pública directa. El carácter público del régimen de seguridad social no se ve

cuestionado por la incidencia de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas si bien esa apertura "(...) queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social".

Entiende el Tribunal que los preceptos impugnados, en cuanto se limitan a permitir la gestión por medio de entidades privadas de la asistencia sanitaria especializada²¹¹ y se mantiene en todo caso la titularidad pública del servicio conforme la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, no puede decirse que pongan en riesgo la reconocibilidad del régimen público de Seguridad Social puesto que la definición de las prestaciones a las que los ciudadanos tienen derecho y la financiación del sistema continúan en manos de los poderes públicos y la Ley recurrida "(...) alude expresamente a la garantía de "los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios" por lo que la sentencia considera que no se ponen en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni se desnaturaliza su esencia.

Concluye el Tribunal entendiendo que la regulación impugnada (que permitía un sistema de gestión hospitalaria indirecta) no supone por sí misma una vulneración del derecho a la igualdad en cuanto los ciudadanos que reciban la asistencia sanitaria mediante esta modalidad van a tener los mismos derechos que los demás ciudadanos ni tampoco supone desconocer el derecho a la salud o las competencias estatales sobre sanidad pública²¹².

Comentando esta sentencia así como la medida enjuiciada, DOMÍNGUEZ DE LUIS²¹³ considera que la gestión indirecta del servicio sanitario cuya constitucionalidad reconoce la STC 84/2015 no supone, a su juicio, una verdadera privatización por cuanto no supone que desaparezca el control y la responsabilidad del poder público en relación con la prestación del mismo –ajustada a unos estándares de calidad razonables (controles y estándares que no explicita)– si bien reconoce, en una suerte de *excusatio non petita* que es posible que ese control no se realice con la eficacia y el celo exigible pero en ese caso es un problema imputable exclusivamente a ese poder público que hace dejación de sus funciones.

²¹¹ La sentencia se refiere tan solo a la asistencia sanitaria especializada ya que, previamente (F.J. 6), declara inconstitucional el modelo de gestión de la sanidad primaria mediante sociedades profesionales al vulnerar la normativa básica estatal en materia de contratación pública puesto que concedía un trato preferente en la licitación a los profesionales que prestasen servicios en el Servicio Madrileño de Salud.

²¹² Postura contraria es la mantenida por BELTRÁN AGUIRRE J L, "En torno a la privatización de la gestión de servicios sanitarios públicos. Las razones del fracaso de Madrid", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014.

²¹³ DOMÍNGUEZ DE LUIS J A, "¿Fin de la polémica acerca de la denominada privatización de los servicios sanitarios? ¿La STC de 30 de abril de 2015 y la constitucionalidad de la gestión indirecta en el servicio sanitario madrileño?", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015, págs. 231-278.

De igual manera, y en relación con un derecho fundamental como es la educación contemplado en el artículo 27 de la CE, los apartados 7 y 9 del precepto constitucional contemplan expresamente la posibilidad de que el Estado preste ese servicio mediante centros privados, al establecer la participación de profesores, padres y, en su caso, alumnos en la gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (apartado 7) y la previsión de que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (apartado 9).

La educación aparece así como un "*servicio público participado*"²¹⁴ en el que el derecho fundamental adquiere una dimensión prestacional por la que los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y a tal efecto va dirigido el mandato del apartado 9 del artículo 27 –SsTC 86/1985, de 10 de julio y 195/1989, de 27 de noviembre–. Ahora bien, como recuerdan esas sentencias, los recursos públicos destinados al mantenimiento de centros docentes no han de acudir, incondicionalmente, a donde se dirijan las preferencias individuales, de tal forma que el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad en la enseñanza básica en cualesquiera centros privados sino que, como señala la STC 77/1985, de 27 de junio, la remisión del apartado 9 a la Ley en cuanto a la ayuda a centros docentes no supone un derecho a obtener ayuda en todo caso sino que será la Ley la que configure esa ayuda teniendo en cuenta otros principios constitucionales tales como la gratuidad de la enseñanza básica (artículo 27.4), la necesidad de asegurar que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículos 1 y 9) o la distribución más equitativa de la renta (artículo 40).

De lo expuesto se puede inferir que no existe en nuestro ordenamiento una obligación de prestar los servicios sociales previstos en el Capítulo III del Título I de la Constitución mediante estructuras u organismos públicos, sino que la norma fundamental admite una amplia discrecionalidad de los poderes públicos al articular la actuación administrativa sobre los mismos. Es más, lo que pretende el constituyente es que esos derechos sean lo más efectivos posibles por lo que ha de excluirse cualquier interpretación o actuación estatal que los perjudique. En este sentido el artículo 53.3 de la CE impone que su "*reconocimiento, respeto y protección*" informará la legislación positiva (Cortes Generales y Asambleas legislativas autonómicas), la práctica judicial (Poder Judicial) y la actuación de los poderes públicos (Administración pública), es decir vinculan a los tres poderes del Estado por más que

²¹⁴ FERNÁNDEZ SORIA J M, "Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)", *Revista de Educación*, núm. 346, 2008, págs. 245-265.

el precepto recoja lo que en la doctrina alemana²¹⁵ se ha denominado "*cláusula del miedo*" a propósito del artículo 20 a) de la Ley Fundamental de Bonn al señalar que su invocación ante los tribunales se hará de conformidad con lo que establezcan las leyes que los desarrollen.

Incluso un autor como PONCE SOLE²¹⁶, que considera que existe una cierta irreversibilidad²¹⁷ de los derechos sociales en nuestro ordenamiento constitucional, no menciona entre lo que considera un "*núcleo mínimo inviolable resistente a intervenciones legislativas y administrativas*" de los derechos sociales cuya vulneración determinaría la inconstitucionalidad de esas intervenciones, el que lo que el mismo autor denomina "*prestaciones del servicio público*" no se puedan llevar a cabo por el sector privado. Ahora bien, esto no quiere decir que la decisión de encomendar al sector público o privados tales prestaciones sea puramente discrecional.

Como el mismo autor destaca, en la determinación por ley del nivel prestacional de los derechos sociales deben aplicarse los principios constitucionales del artículo 31.2 de la CE en cuanto a la economía y eficiencia²¹⁸ en el gasto público, lo cual exige que la Administración ha de actuar maximizando los recursos disponibles y/o minimizando los costes, de tal forma que el cómputo total de gastos y beneficios –integrando aspectos sociales, medioambientales, etc.– sea positivo y se logre ahorrar, en la medida de lo posible, los recursos económicos empleados a tal fin.

Conviene, no obstante, recordar que, como señala RODRÍGUEZ BEREJO²¹⁹, la jurisprudencia constitucional no ha analizado de forma directa la aplicación del artículo 31.2 de la CE y el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 2676/2005) consideró que no era su función enjuiciar la oportunidad de la asignación de recursos que efectuaba la Orden enjuiciada habida cuenta del grado de discrecionalidad de las Administraciones en materia de gasto siempre que persiga una finalidad lícita desde la

²¹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J M, *op. cit.*, págs. 48 y ss. Del mismo autor, el comentario al artículo 53.3 en "*Comentarios a la Constitución Española*", (CASAS BAAMONDE M E, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER M (dir.)), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1189.

²¹⁶ PONCE SOLÉ J, "*El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*", INAP, Madrid, 2013.

²¹⁷ En idéntico sentido Vid. LOPERENA ROTA D, "La irreversibilidad de los derechos sociales", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

²¹⁸ Sobre la eficiencia y el derecho administrativo, Vid. VAQUER CABALLERÍA M, "El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre 2011, págs. 91-135.

²¹⁹ RODRÍGUEZ BEREJO A, "El Gasto Público en perspectiva constitucional: De la Constitución de 1978 a la reforma constitucional de 2011", Intervención General de la Administración del Estado, "*XVIII Jornadas de Presupuestación, Contabilidad y Control Público. Contabilidad, Transparencia y Responsabilidades Públicas*", Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2014, págs. 140-169.

perspectiva constitucional. Para LUCAS MURILLO DE LA CUEVA²²⁰ no hay duda en que el Estado social además de sujetarse a la Constitución y a la ley debe caracterizarse por su eficacia y eficiencia a la hora de administrar recursos limitados.

Por tanto, el control de la externalización partiendo de la eficiencia en el gasto público resultará, cuando menos, complicado. De hecho, la STC 84/2015, de 30 de abril, a la que anteriormente nos hemos referido, rechaza enjuiciar la constitucionalidad de una medida privatizadora como era la gestión indirecta de varios hospitales, hasta entonces públicos, tomando como base la eficacia de la medida puesto que ello, lógicamente, ha de hacerse después de su puesta en funcionamiento.

DE LA QUADRA-SALCEDO²²¹ considera que la garantía institucional de los derechos sociales, como ocurre con el contenido esencial de los derechos fundamentales, implica que todas las leyes que los desarrollen deberán respetar el contenido esencial de sus artículos. De esta forma, cuando el Tribunal Constitucional resuelve un proceso aplicando un precepto constitucional (vgr. el artículo 103 de la CE) “(...) *establece un contenido mínimo – en definitiva, un contenido esencial avant la lettre– de todos y cada uno de los artículos de la Constitución*”.

En realidad, el problema no estriba tanto en que los derechos sociales deban prestarse mediante estructuras jurídico-públicas, sino que el derecho público garantice niveles adecuados de calidad de los servicios prestados ya sea por organismos públicos o por entidades privadas. La determinación del contenido y calidad de la prestación de estos derechos resulta absolutamente esencial para poder afirmar que el ordenamiento jurídico público garantiza una protección adecuada de los ciudadanos. Así para GONZÁLEZ MORENO²²² el desarrollo del Estado Social exige que los servicios públicos tengan para los ciudadanos una configuración más precisa quedando claras las obligaciones de servicio público impuestas a los gestores privados y garantizadas por la ley del servicio.

²²⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA en el Prólogo a CARMONA CUENCA E, “*El Estado Social de Derecho en la Constitución*”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 13.

²²¹ DE LA QUADRA-SALCEDO T, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, “*Crisis y Constitución. XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 102.

²²² GONZÁLEZ MORENO B, “*El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*”, Civitas, Madrid, 2002, págs. 230-231.

3.4. NECESIDAD DE UN CONTROL PÚBLICO DE LAS ACTIVIDADES PRIVATIZADAS.

La atribución de funciones a entidades privadas no ha de estar exenta de un control público que incluso tiene una expresa concreción legislativa como es la previsión del artículo 22.1 del TRLCSP en cuanto a la obligatoriedad de justificar en la documentación preparatoria de los contratos la necesidad de su celebración para la consecución de los fines institucionales de los entes del sector público, debiendo determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas²²³. No obstante, ha de destacarse que ha desaparecido la anterior previsión contenida en el artículo 202 del TRLCAP en cuanto a que la celebración de contratos de consultoría y asistencia y de servicios exigía la justificación en el expediente de contratación de la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de la Administración²²⁴.

Por tanto es plenamente factible el que las Administraciones públicas encomienden la realización de actividades prestacionales a sujetos privados pero ello no ha de significar que, una vez producida esa atribución, la Administración quede desvinculada de responsabilidad, como parece entender CANTERO MARTÍNEZ²²⁵ al producirse una suerte de traspaso de responsabilidad por parte de la Administración hacia el sujeto privado prestador del servicio, sino que resulta más adecuado a esa obligación constitucional de respeto y protección el que, como afirma RODRÍGUEZ DE SANTIAGO²²⁶, la Administración continúe asumiendo una responsabilidad de garantía en cuanto a que estén disponibles para los destinatarios en todo momento y en la cantidad y calidad adecuada tales servicios.

La idea clave que ha de presidir todo proceso privatizador/liberalizador en un Estado Social de Derecho es que los ciudadanos no vean disminuido a la baja su nivel de derechos. La liberalización no es un fin en sí mismo, sino que su finalidad primera es aumentar la eficiencia de los servicios liberalizados y, precisamente, la mejor garantía de esa eficiencia es mantener todos los derechos y garantías de los usuarios. En este sentido es especialmente

²²³ Esta previsión legal con frecuencia es incumplida como pone de manifiesto el Tribunal de Cuentas (Informe de 20 de diciembre de 2014 de fiscalización de la contratación del sector público estatal celebrada durante el ejercicio 2012).

²²⁴ El artículo 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad sigue manteniendo que, respecto de la posible realización de conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos "(...) *las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios.*"

²²⁵ CANTERO MARTÍNEZ J, *op. cit.*, pág. 300.

²²⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, (2007), pág. 78.

claro CABALLERO SÁNCHEZ²²⁷ cuando afirma que hay que mantener los principios del servicio público aunque cambien los modos en que se organicen los sistemas de abastecimiento social, siendo cometido de la Administración garantizar desde su posición reguladora, los principios de igualdad, continuidad, disponibilidad, calidad y adaptación de las prestaciones.

PARA ESTEVE PARDO²²⁸ nos encontramos así ante una nueva modalidad del Estado, el llamado “*Estado Garante*”, en el que la principal función del Estado y de su aparato administrativo será una función de garantía, asegurando que la gestión y actuación del sector privado se ajuste a los intereses generales comprometidos, alcanzando los objetivos y requerimientos marcados por la Constitución y las leyes. El Estado Garante asume así el reto de mantener los fines sin disponer de los medios. Al analizar este “Estado Garante”

Así, en Italia, el análisis de la externalización por la propia Administración²²⁹ conduce a la conclusión de que el paso de un “*estado productor*” a un “*estado contractual*” implica una fragmentación de la responsabilidad y de la competencia que debe ser controlada para lograr la eficacia de las políticas públicas que opten por la externalización. A tal fin, los mecanismos utilizados en las experiencias externalizadoras italianas consisten en la imposición de penalidades (71,7%), descripciones de las modalidades de prestación del servicio (70,4%), cláusulas de seguro para los casos de incumplimiento contractual (60,3%), controles administrativos periódicos (59,3%) y, en menor medida, la realización de encuestas de satisfacción del consumidor (20,1%) o la elaboración de cartas de servicios (11,3%).

Al recoger las conclusiones de las experiencias italianas se destaca que, en poquísimos casos, se han analizado económicamente los procesos de externalización e, igualmente, rara vez se dispone de información contable accesible que permita valorar los costes de los contratos de externalización. Todo ello conduce a que²³⁰ “(...) *In effetti, troppo spesso nelle pubbliche amministrazioni si esternalizza ciò che non si sa fare o non si può fare, si cerca di pagarlo il meno possibile (a prescindere molto spesso dalla qualità), si ricorre a fornitori consolidati o comunque noti e, attraverso lo strumento della licitazione privata, agendo spesso al di fuori di meccanismi di mercato più pregnanti, peraltro senza sapere o curarsi di*

²²⁷ CABALLERO SÁNCHEZ R, “*Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*”, Instituto Nacional de Servicios Públicos, Madrid, 2003, pág. 362.

²²⁸ ESTEVE PARDO J, “*Estado Garante. Idea y Realidad*”, INAP, Madrid, 2015, págs. 43-44.

²²⁹ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, “*Le esternalizzazioni nelle amministrazioni pubbliche. Indagine sulla diffusione delle pratiche di outsourcing*”, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2005.

²³⁰ *Op cit.*, págs. 114-115.

sapere se la esternalizzazione migliora il funzionamento dell'amministrazione e/o il benessere di cittadini e imprese servite.

In relazione a tale bozzetto, che emerge con una certa chiarezza dai dati aggregati, si può legittimamente concludere che l'esternalizzazione non sembra tanto necessitare di ulteriore diffusione, quanto di un profondo cambiamento nel modo in cui viene gestita nella pratica.

In altre parole, sembra necessario che la decisione di esternalizzare diventi sempre di più uno strumento gestito con consapevolezza, economica, organizzativa e sociale; che nasca da specifiche analisi preventive, che sia connessa a un razionale progetto organizzativo, che sia oggetto di costante ed attento monitoraggio in itinere e di una articolata valutazione ex post, tanto nei suoi profili di output che di outcome.

Solo a queste condizioni l'esternalizzazione diverrà uno strumento innovativo, capace di far crescere l'organizzazione nella sua dimensione interna e nella offerta dei servizi a cittadini e imprese.”

Las conclusiones del estudio son claras²³¹ y conectan con lo anteriormente expuesto. Es imprescindible establecer los mecanismos necesarios para determinar previamente si la externalización resulta adecuada tanto económicamente como desde el punto de vista de la eficacia administrativa y, una vez adoptada la decisión de externalizar, establecer las medidas adecuadas para garantizar la correcta prestación del servicio con controles de calidad, mecanismos correctores en casos de gestión defectuosa y, por último, garantizar a los ciudadanos que pudiesen resultar perjudicados la necesaria responsabilidad que cubra los daños padecidos como consecuencia del funcionamiento del servicio y que no tengan la obligación jurídica de soportar.

En nuestro país la Comisión Nacional de la Competencia en su Informe de 2013 sobre aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España²³² destacó que la externalización de la gestión de servicios públicos conlleva una pérdida de control directo por parte de la Administración contratante de tal forma que la concesionaria tiene mucha más información sobre la calidad de los servicios prestados que la Administración, lo cual, sin un control y unos incentivos adecuados, puede llevar a que los usuarios vean reducida la calidad de los servicios recibidos.

²³¹ Ya SABINO CASSESE había destacado la falta de control de la política de privatizaciones en Italia. Vid. CASSESE S, “Las privatizaciones en Italia”, *Documentación Administrativa*, núm.218-219, abril-septiembre 1989, págs. 377-389.

²³² www.cnmc.es

3.5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO UN DERECHO DE LOS CIUDADANOS/USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS.

Como se viene exponiendo, la doctrina es unánime, incluso en sistemas jurídicos tan diferentes *a priori* como el norteamericano, el italiano o el español, a la hora de exigir que exista un adecuado nivel de calidad en los servicios prestados por sujetos privados y que la Administración asuma una obligación de garante en cuanto a mantener su responsabilidad “*accountability*” hacia los ciudadanos.

Evidentemente, con el término responsabilidad ha de entenderse una responsabilidad política propia de un Estado democrático con sus ciudadanos, pero, en nuestro país, ha de entenderse también comprendida la responsabilidad patrimonial para los casos en los que la prestación del servicio haya causado un daño.

Ha de recordarse que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 41 el derecho de los ciudadanos a una buena administración que define como el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativa dentro de un plazo razonable añadiendo expresamente (apartado 3) que “*Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*”²³³.

Sin entrar en la problemática aplicación²³⁴ de la Carta de los Derechos Fundamentales, toda vez que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, establece que, conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la CE y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos

²³³ El actual artículo 340 del TFUE dispone en su párrafo 2º “*En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*”

²³⁴ Véase al respecto RIPOL CARULLA S, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, septiembre-diciembre 2010, págs. 845-864.

Fundamentales, lo cierto es que es innegable el valor hermenéutico²³⁵ de la citada Carta, inclusive respecto a preceptos como los artículos 103 y 106.2 de nuestra Constitución que no son ni derechos fundamentales ni libertades públicas²³⁶.

De ese precepto europeo se infiere que la Administración como parte de ese deber de buena Administración o, en palabras de la Constitución española de 1978, actuando de forma eficaz, ha de garantizar –en sentido amplio– una adecuada prestación de sus servicios, indemnizando los daños que se puedan derivar de su actuación, si bien esto último dentro del particular marco que establezca cada una de las legislaciones de los Estados miembros.

El problema que se plantea es el alcance de esa responsabilidad de garantía. Como hemos visto, el Estado no duda en prestar servicios a los ciudadanos mediante múltiples formas en las que la prestación del servicio se realiza por medio de sujetos privados o sujetos de naturaleza pública que actúan sometidos al derecho privado.

En estos casos se asiste a una multiplicidad de regímenes jurídicos en los que la Administración utiliza instrumentalmente el derecho privado de tal forma que no responde directamente de la prestación del servicio. Ello cobra un especial relieve en los supuestos en los que se produzcan daños a los particulares²³⁷. Puesto que, en estos casos, no existe una relación contractual, el deber de reparar esos daños ha de situarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que en el derecho civil se regula en los artículos 1902 y siguientes del CC en tanto que en el caso de la responsabilidad de la Administración ha de partirse del artículo 106.2 de la CE según el cual "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*"

Este precepto, que puede perfectamente considerarse una suerte de garantía institucional permite establecer que la Administración ha de responder los daños causados por

²³⁵ GÓMEZ-REINO CARNOTA E, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Dereito*, Vol.22, núm. ext., pág. 191.

²³⁶ RASTROLLO SUÁREZ y GARCÍA JIMÉNEZ consideran que el derecho a la buena administración ha de extenderse a las relaciones entre los poderes adjudicadores que, en aplicación del derecho europeo, participan en procedimientos de contratación pública. Vid. RASTROLLO SUÁREZ J J, GARCÍA JIMÉNEZ A, "Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana", en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, (GIMENO FELIÚ J M, GALLEGO CÓRCOLES I, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F, MORENO MOLINA J A), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 369.

²³⁷ DAVID BLANQUER advirtió, ya en 1997 en el seno de una Ponencia especial del Consejo de Estado, este peligro al indicar que la paulatina privatización de servicios públicos podía alterar el ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial. Vid. BLANQUER D, "*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, pág. 32.

el funcionamiento de los servicios públicos los cuales han de funcionar con arreglo a la eficacia exigida por el artículo 103 del texto constitucional.

Sin embargo la multiplicidad de formas en las cuales la Administración presta esos servicios públicos supone un obstáculo no solo respecto de la aplicación efectiva del artículo 106 de la CE sino que llega a ocasionar verdaderas situaciones de seguridad jurídica en las cuales los ciudadanos no son capaces de determinar a quien ha de reclamarse la responsabilidad por los daños que han padecido como consecuencia de la prestación de servicios público, situación que se agrava cuando, como sucede a menudo, los distintos sujetos que intervienen en la gestión del servicio pretenden eludir su responsabilidad atribuyendo esta a otro sujeto.

Como veremos, la responsabilidad de notarios y registradores, la de las sociedades mercantiles públicas, la de los contratistas de la Administración, la de los particulares que realizan funciones públicas o incluso la propia responsabilidad de la Administración cuando causa daños al emplear productos defectuosos presentan importantes problemas que hacen necesario articular respuestas que permitan una adecuada tutela de los particulares/ciudadanos dañados.

Como decimos, no es un problema que afecte solo al Derecho español y así DAVIES²³⁸, al analizar estas formas de gestión en el sistema público de salud británico (National Health System) destaca que, mientras que los entes estatales que contratan la prestación de servicios tienen estrictos mecanismos de responsabilidad para con el gobierno central, por el contrario tienen “(...) *relatively weak accountability mechanisms to patients and the public*”.

Ahora bien, mientras que en otros países se destaca la necesidad de reforzar la responsabilidad del Estado incluso aludiendo, como el estudio que acabamos de citar, a la posibilidad de introducir en el derecho británico un derecho público de contratos, por más que ello choque con su propia tradición jurídica, no debemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico existe la figura del contrato administrativo vinculado al giro o tráfico de la Administración en los cuales los poderes públicos ostentan importantes prerrogativas y existe, además, el principio/garantía institucional de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

²³⁸ DAVIES A, “*Accountability. A public law analysis of government by contract*”, Oxford University Press, New York, 2001, pág. XII.

Por ello el legislador español dispone de los mecanismos jurídicos para asegurar el derecho de los ciudadanos para ser resarcidos de las lesiones que padezcan en sus derechos debiendo, además, regular esta materia como resalta GAMERO CASADO²³⁹ de una forma armónica y coherente para no dañar el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE. Al mismo tiempo, ello implica, en un campo más teórico, incidir en cual ha de ser el papel del derecho administrativo ante los cambios en la forma de actuar de la Administración y su cada vez más frecuente recurso a medios o procedimientos propios del derecho privado. Autores como MIR PUIGPELAT²⁴⁰ y MUÑOZ MACHADO²⁴¹ han puesto de manifiesto que las privatizaciones constituyen uno de los principales retos que ha de asumir el Derecho Administrativo contemporáneo entendiendo el primero de ellos que ha de procederse a un replanteamiento de la responsabilidad patrimonial.

Como paso previo imprescindible para determinar las posibles respuestas del derecho administrativo a estos problemas ha de analizarse la actual situación de la responsabilidad administrativa en los distintos supuestos en los que nos hallamos ante servicios públicos prestados a los ciudadanos, desde aquellos casos en los que se ha acabado reconociendo la responsabilidad de poderes públicos como el legislador o el Tribunal Constitucional a aquellos en los que los particulares asumen funciones públicas tradicionalmente ejercidas por la Administración.

²³⁹ GAMERO CASADO E, “*Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción*”, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 21-22.

²⁴⁰ MIR PUIGPELAT O, “*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 2004.

²⁴¹ MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, Tomo I, pág. 98.

Capítulo 4

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS DEL ESTADO COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

4.1. LA RESPONSABILIDAD SE EXIGE A TODOS LOS PODERES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 9.3 CE COMO PIEDRA ANGULAR DE LA RESPONSABILIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

Como se ha expuesto, la privatización de los servicios públicos no puede significar el que la Administración eluda su responsabilidad. La responsabilidad de los poderes públicos no puede entenderse como un mero concepto más o menos efectivo sino que en nuestro ordenamiento aparece como un principio recogido en el artículo 9.3 de la CE cuando establece que la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos. Conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero (F.J.1º), estableció su carácter informador del ordenamiento jurídico, en línea con lo establecido en el artículo 1.4 del CC, con un valor plenamente aplicativo que posibilita, incluso, la declaración de inconstitucionalidad de las normas que tales principios.

Los principios recogidos en el artículo 9 de la CE²⁴² no solo actúan como criterios de actuación o de aplicación del ordenamiento jurídico sino que vinculan a todos los ciudadanos y a los poderes públicos²⁴³ incluso cuando se trata de reformar la propia Constitución hasta que esta reforma no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos –STC 48/2003, de 12 de marzo (F.J. 7º)–. Como el Tribunal Constitucional insiste en destacar no estamos ante compartimentos estancos, sino que cada principio cobra valor en función de los demás como mecanismos para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho –STC 27/1981, de 20 de julio (F.J. 10º)–.

La responsabilidad de los poderes públicos presenta una doble finalidad. Por un lado permite el que, al exigirse esa responsabilidad a los poderes públicos, se logre un mayor grado de democracia puesto que, en una democracia representativa, resulta imprescindible que los representantes ostenten un poder discrecional que les permita actuar por su propia iniciativa y bajo su exclusiva apreciación²⁴⁴ pero ese poder discrecional tiene como lógica contrapartida la de su responsabilidad. De otro lado, como posteriormente veremos, la responsabilidad permite alcanzar mayores cotas en la consecución de la eficacia exigida por el artículo 103 de la CE.

²⁴² Como exposición de conjunto, vid. BELADIEZ ROJO M, “*Los principios jurídicos*”, Tecnos, Madrid, 1994.

²⁴³ Vid. LEGUINA VILLA J, “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre-diciembre 1987.

²⁴⁴ GARCÍA PELAYO M, “*Derecho Constitucional Comparado*”, Alianza Editorial, Madrid, 1987, págs. 182-183.

Ahora bien, se ha discutido en la doctrina cual es el concreto significado de la “*responsabilidad*” contemplada en el artículo 9.3 de la CE. ¿Es una responsabilidad meramente política o también comprende la responsabilidad patrimonial en cuanto responsabilidad extracontractual?

El problema se ha planteado sobre todo en relación con la responsabilidad de las Cortes Generales, tanto en cuanto poder legislativo como respecto a la actividad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las mismas –artículo 54 de la CE– e igualmente en lo relativo a la responsabilidad del Tribunal Constitucional.

4.1.1. La responsabilidad del Estado Legislador.

La respuesta afirmativa a esta posibilidad estriba en considerar que el poder legislativo queda sujeto al principio del artículo 9.3 de la CE o, mejor dicho, que ese principio basta para poder declarar la responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de leyes²⁴⁵.

El artículo 139.3 de la LRJ-PAC, redactado conforme la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que “*Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*”. Se distingue así entre leyes expropiatorias, que conllevaran forzosamente la necesidad de indemnizar por imperativo de la garantía expropiatoria²⁴⁶ consagrada en el artículo 33 de la CE, y el resto de leyes que solo conllevaran la indemnización de los daños antijurídicos causados con su aplicación si la propia ley así lo establece²⁴⁷.

GARCÍA DE ENTERRÍA criticó la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador entendiendo²⁴⁸ que la responsabilidad consagrada en el artículo 9.3 de la CE no es una responsabilidad patrimonial sino que obedecería “(...) *al*

²⁴⁵ En el derecho francés esta posibilidad arranca del Arrêt La Fleurette de 14 de enero de 1938.

²⁴⁶ Sobre la, a menudo, difícil distinción entre responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa, vid. TARDÍO PATO J A, “La diferencia entre la “vía de hecho expropiatoria” y los daños que dan lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración”, en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*”, (SOSA WAGNER F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

²⁴⁷ No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la ausencia de previsión alguna en la ley sobre la exigencia de responsabilidad permite a los afectados solicitar la declaración de responsabilidad.

²⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA E, “El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, págs. 15-47. Recogido posteriormente en su libro “*La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*”, Thomson Civitas, Madrid, 2005, págs. 71 y ss.

principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio sino que pertenece al pueblo, razón por la que, como ejercientes de un poder de otro, deben “dar cuenta” a este de su gestión y responder de la objetividad de la misma”.

Una postura igualmente contraria a la admisión de la responsabilidad patrimonial del legislador es la de LEGUINA VILLA²⁴⁹ que considera que, ni el artículo 9.3 ni el 106.2 de la CE, pueden justificar esa responsabilidad. El primero por su excesiva indeterminación y el segundo por cuanto el legislador no es un “servicio público”. Rechaza que esa responsabilidad pueda surgir de la jurisprudencia constitucional que, aun cuando no es excesivamente clara (STC 70/1988, de 19 de abril), no permite sostener que el Tribunal haya admitido esta responsabilidad del legislador. Posteriormente²⁵⁰ se ratifica en esa postura citando lo dispuesto en la STC 112/2006, de 5 de abril, que expondremos a continuación

Esta tesis no es unánimemente compartida por la doctrina, así BOIX PALOP²⁵¹ considera que: “La garantía constitucionalmente reconocida al ciudadano es la misma con independencia de que afronte una actuación del legislador o una de la Administración”. En similares términos se pronuncia GALÁN VIOQUE²⁵² que rechaza que pueda entenderse esta responsabilidad como un mecanismo de control político del legislador que se vería coaccionado por la obligación de indemnizar por las medidas que adopta, tal y como se entendió por alguna doctrina, destacando como uno de los méritos de la Constitución de 1978 el haber blindado patrimonialmente al ciudadano frente a los daños antijurídicos procedentes de todos los poderes públicos.

Conviene recordar, por otra parte, que la responsabilidad política del Gobierno aparece expresamente prevista en el artículo 108 de la CE que contempla una responsabilidad política (no patrimonial) del Gobierno exigible por las Cortes de forma “solidaria” en cuanto excluye que se pueda exigir responsabilidad de forma individual a los miembros del Gobierno habida cuenta del carácter “racionalizado²⁵³” del sistema parlamentario recogido en el Título V de la CE.

²⁴⁹ LEGUINA VILLA J, “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”, en *“La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*, (LEGUINA VILLA J, SÁNCHEZ MORÓN M, dir.), Tecnos, Madrid, 1993, págs.408-415.

²⁵⁰ LEGUINA VILLA J, “La responsabilidad de la Administración Pública. Comentario al artículo 106.2”, en *“Comentarios a la Constitución Española”*, (CASAS M^a E, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M, dir.) Fundación Wolsters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009, pág. 1740-1741.

²⁵¹ BOIX PALOP A, *“Las convalidaciones legislativas”*, Iustel, Madrid, 2004, págs. 557 y ss.

²⁵² GALÁN VIOQUE R, “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm.155, mayo-agosto 2001, págs. 285-329.

²⁵³ MELLADO PRADO P, “La responsabilidad política del Gobierno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, págs. 139-147.

Ahora bien, ¿se puede hablar de una responsabilidad política del Legislativo? Evidentemente y puesto que las Cámaras son representantes del pueblo español responden ante este en los comicios, pero, al mismo tiempo, tanto las Cámaras (artículo 66 de la CE) como los parlamentarios (artículo 71) son inviolables. A propósito de esta prerrogativa parlamentaria el ATC 147/1982, de 22 de abril, consideró que el Tribunal podía conocer las consecuencias que este privilegio pudiera tener sobre los derechos de los particulares²⁵⁴.

Si bien el Auto es un tanto críptico, parece razonable entender que el Tribunal considera que un uso inadecuado de las prerrogativas parlamentarias que ocasionase daños a las personas exigiría del Tribunal las medidas adecuadas entre las que no habría que descartar la exigencia de responsabilidad patrimonial que resarciese los daños causados.

En realidad, en el propio debate constitucional²⁵⁵ se aludió a la relación entre los artículos 9.3 y 106 de la CE destacando que la responsabilidad era un principio que encontraba “*fácil audiencia*” (Meilán Gil) y que “*era adecuado incluso para el partido del gobierno*” (Peces Barba). Cuestión distinta es que los constituyentes pensasen que el artículo 9.3 permitiría declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El Tribunal Constitucional ha fijado al respecto una jurisprudencia “*si no enigmática, sí imprecisa*”²⁵⁶. En la STC 108/1986, de 29 de julio, a propósito del adelanto de la edad de jubilación de jueces y magistrados, consideraba (F.J. 22º) que la norma transitoria de la LOPJ que pretendía atenuar los perjuicios de ese adelanto podía no ser suficiente de tal forma que los efectos negativos de la medida “*(...) de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso.*”

A propósito de una Ley medioambiental autonómica, la STC 28/1997, de 13 de febrero (F.J. 7) considera que las posibles limitaciones del derecho de propiedad que pueda ocasionar su aplicación quedan sujetas a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos. De hecho, la sentencia menciona el que la propia Ley objeto del recurso preveía esa posible responsabilidad.

²⁵⁴ Según el citado Auto, tal privilegio “*(...) no excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional conozca, por la vía que proceda y con los efectos oportunos, de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas y en razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a sus miembros.*”

²⁵⁵ *Op. cit.* Tomo I, págs. 2384 y 2387

²⁵⁶ MARRERO GARCÍA-ROJO A, “Los principios garantizados en la Constitución. Comentario al artículo 9.3”, en “*Comentarios a la Constitución Española*”, *op.cit.*, pág. 162.

De manera aparentemente más clara, la STC 112/2006, de 5 de abril (F.J. 21º), afirma (F.J. 21º) que es reiterada la jurisprudencia constitucional que mantiene que la función legislativa queda fuera de las previsiones del artículo 106.2 de la CE por cuanto no puede considerarse como un servicio público la función del legislador.

Sin embargo, lo cierto es que, en este caso, no se trataba tanto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como de la posible responsabilidad derivada de las actuaciones administrativas aplicando la Ley. En concreto, la disposición transitoria de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos²⁵⁷, que contemplaba el que, al declararse determinados eventos deportivos “*de interés general*” y, por tanto, debiendo ser retransmitidos en abierto, ello afectaba a derechos de exclusiva, por lo que la disposición transitoria establecía que las modificaciones contractuales que ello conllevase debían realizarse de mutuo acuerdo entre los operadores afectados, sin que el Estado hubiese de asumir los posibles perjuicios económicos que se derivasen. De no alcanzarse tales acuerdos, la Administración efectuaría las oportunas recomendaciones a los titulares de los derechos y es a estas posibles recomendaciones a las que se achacaba la posible producción de daños y, por tanto, la posibilidad de reclamar responsabilidad.

En realidad, como destaca ALONSO GARCÍA²⁵⁸, es necesario diferenciar la posible responsabilidad derivada de leyes que carecen de cualquier tacha de inconstitucionalidad o de vulneración del derecho europeo y la de aquellas que son expresamente declaradas contrarias a la Constitución o a la normativa europea en virtud del principio de primacía de esta última.

En estos casos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la responsabilidad del Estado, no por el acto legislativo en sí sino por los actos de aplicación del mismo.

Así, el reconocimiento de responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales se admite sin mayores problemas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como lo demuestran la sentencia de 2 de junio de 2010 (recurso 588/2008) dictada por el Pleno de la Sala y otras sentencias que aplican esa doctrina (vgr. sentencias de 21 de diciembre de 2010 (recurso 476/09) y 24 de marzo de 2011 (recurso 125/2010) a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo.

²⁵⁷ Objeto de la sentencia en cuanto la citada Ley afectaba a derechos de exclusiva para la retransmisión de eventos deportivos.

²⁵⁸ ALONSO GARCÍA M^a C, “Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Gabilex*, núm. extraordinario, abril 2015.

En la reciente sentencia de 9 de diciembre de 2015 (recurso 6/2014) considera que la vulneración del principio de confianza legítima ante una medida normativa sorpresiva cuando “(...) *el clima normativo era el de continuidad*” determina la antijuridicidad del daño²⁵⁹. Este mismo criterio de la confianza legítima como criterio determinante de la antijuridicidad fue defendido por SILVIA DEL SAZ²⁶⁰.

Lo mismo ocurre en los casos de infracción del derecho europeo. En estos supuestos, la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador viene impuesta por el propio Derecho comunitario desde la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991 Francovitch²⁶¹ (C-6/90 y C-9/90) y ha sido recogida por el Tribunal Supremo considerando aplicable lo establecido para la responsabilidad patrimonial derivada de leyes inconstitucionales en sentencias de 17 de septiembre de 2010 (recursos 149 y 153/2007), de tal forma que no es necesario haber impugnado previamente los actos aplicativos de la norma, tesis que había sostenido previamente la Sala en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, a raíz de la cuestión prejudicial que fue planteada por la propia Sala del Tribunal Supremo y que fue resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 26 de enero de 2010 (C-118/08)²⁶².

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador queda establecida al amparo del artículo 9.3 de la CE y del derecho europeo, toda vez que la misma no podía derivarse del artículo 106 de la CE, claramente limitado a la Administración por su ubicación sistemática (Título IV, del Gobierno y la Administración) y la referencia específica a los “*servicios públicos*” como causa de los daños indemnizables.

Ahora bien, para ALONSO GARCÍA²⁶³ la postura del Tribunal Supremo se enfrenta a “*importantes escollos jurídicos*” y a la “*endeblez*” de algunos de sus argumentos lo cual, para

²⁵⁹ La sentencia se dicta a propósito del cambio de la normativa en materia de energías renovables. La sentencia de 21 de enero de 2016 (recurso 515/2012) considera que la obtención por las instalaciones fotovoltaicas de una rentabilidad razonable excluye que exista un daño real y antijurídico. Vid el comentario a esa sentencia de ANDRÉS BETANCOR, “*Responsabilidad patrimonial de la Administración por cambio normativo: la retribución de las fotovoltaicas*”

<http://andresbetancor.blogspot.com.es/2016/04/responsabilidad-patrimonial-de-la.html>

²⁶⁰ DEL SAZ CORDERO S, “Los límites de los cambios normativos: La responsabilidad patrimonial del legislador”, *Cuadernos de Energía*, núm. 23, 2009, págs. 20-54.

²⁶¹ La sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000 Haim II (C-424/97) declara que la responsabilidad por los daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario imputables a una autoridad pública constituye un principio inherente al sistema del Tratado que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros.

²⁶² En idéntico sentido la sentencia de 25 de enero de 2013 (recurso 750/2011).

²⁶³ ALONSO GARCÍA, M^a C, op. cit.

esa autora, ha llevado a que el propio Tribunal trate de hacer una relectura de los requisitos de esa responsabilidad para modular los amplios efectos estimatorios²⁶⁴.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público consagra la responsabilidad del Estado legislador al distinguir en el artículo 32.3 tres supuestos.

El primero, relativo a la responsabilidad por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, se limita a reproducir el artículo 139.3 de la LRJ-PAC.

El segundo se refiere a los daños derivados de la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales para los cuales se establece en el apartado 4º que procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido en cualquier instancia sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que hubiera alegado la inconstitucionalidad de la norma.

En tercer lugar, si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al derecho de la Unión Europea²⁶⁵, procederá la indemnización, según establece el apartado 5º, exigiéndose de igual forma haber sido desestimado por sentencia firme un recurso contra esa actuación administrativa, habiéndose alegado la infracción del derecho europeo pero, además, se exige que la norma europea tenga por objeto conceder derechos a los particulares y que el incumplimiento sea “*suficientemente caracterizado*”. Se recoge así un requisito característico de la responsabilidad patrimonial en el ámbito europeo pero manifiestamente complejo²⁶⁶ aun cuando sea aplicado frecuentemente por los Tribunales de Justicia como lo demuestra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2015 (recurso 24/2015) que rechaza la responsabilidad patrimonial solicitada por una operadora de telefonía móvil en cuanto a la devolución de las cantidades liquidadas por una

²⁶⁴ A nuestro juicio las sentencias que cita son, más bien, supuestos en los que el Tribunal Supremo exige (como no podía ser de otra forma) que los daños estén perfectamente acreditados (reales, efectivos y valorables económicamente) y que dichos daños revistan la condición de antijurídicos.

²⁶⁵ Sobre la incidencia de la regulación de la responsabilidad europea en los ordenamientos nacionales, Vid. MUÑOZ MACHADO S, “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo” y FERNÁNDEZ GARCÍA M^a Y, “¿Hacia un régimen común de responsabilidad en la Comunidad Europea? (Convergencias y divergencias entre los sistemas de responsabilidad estatal y comunitaria)”, ambos en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”, (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, CALONGE VELÁZQUEZ A, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999.

²⁶⁶ COBREROS MENDAZONA E, “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, enero-abril 2015, págs.11-59,

tasa local que fue declarada contraria al derecho europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión²⁶⁷.

Al analizar esta exigencia entiende GALÁN VIOQUE²⁶⁸ que su aplicación exclusiva al incumplimiento del derecho de la Unión Europea supone una vulneración del principio de equivalencia. Por ello propone que ese requisito se extienda también a la responsabilidad por leyes declaradas inconstitucionales con lo cual se evitarían así las graves consecuencias económicas de indemnizar por cualquier Ley declarada inconstitucional denunciado por GARCÍA DE ENTERRÍA.

4.1.2. La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo ha hecho uso de la misma argumentación (aplicación del artículo 9.3 de la CE a todos los poderes públicos) para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del Tribunal Constitucional. La sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso de 26 de noviembre de 2009²⁶⁹ (recurso 585/2008) considera aplicable ese principio al Tribunal Constitucional y declara que la Administración General del Estado es responsable por los daños derivados de un supuesto de dilaciones indebidas.

La argumentación del Tribunal Supremo es semejante a la utilizada para declarar la responsabilidad del Estado legislador, si bien plantea el problema de la creación de una suerte de control del Tribunal Constitucional por parte de la jurisdicción contenciosa. Este control excedería del autorizado por la LJCA respecto de los actos de gobierno del Tribunal en cuanto se extendería a lo que es la actividad jurisdiccional, en contra de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional²⁷⁰ según el cual: “Las

²⁶⁷ El Tribunal Superior recoge el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 514/13, de 30 de octubre, en cuanto a que la lectura de las conclusiones de la Abogado General permite comprobar que la oposición de la tasa a las Directivas europeas no era, en modo alguno, manifiesta.

²⁶⁸ GALÁN VIOQUE R, “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

²⁶⁹ Objeto de estudio y crítica por FERNÁNDEZ FARRERES G, “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2010, págs. 259-290; SANZ PÉREZ A. L, “¿Enjuicia el Tribunal Supremo al Constitucional?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2010; PULIDO QUECEDO M, “La responsabilidad patrimonial del TC y del Defensor del Pueblo (Un apunte jurisprudencial)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2010; COBREROS MENDAZONA E, “El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, págs. 295-348; AGUADO RENEDO C, “La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, págs. 335-365.

²⁷⁰ Redactado por el número uno del artículo único de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado”.

Como señala FERNÁNDEZ FARRERES²⁷¹ la sentencia no puede sino calificarse de desacertada, llevando a una esquizofrenia del sistema en el que el órgano encargado de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva es enjuiciado por la jurisdicción ordinaria por una vulneración de ese mismo derecho. Destaca igualmente que la regulación contenida en el artículo 139.5 de la LRJ-PAC²⁷² atribuyendo al Consejo de Ministros la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que afecten al Tribunal Constitucional podría vulnerar la reserva de ley orgánica del artículo 165 CE y se pregunta si cabría la posibilidad de que la resolución del Consejo de Ministros acordase el ejercicio de la acción de regreso²⁷³.

En todo caso, no puede olvidarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de 28 de enero (Asunto Caldas Ramírez de Arellano) y 25 de noviembre de 2003 (Asunto Soto Sánchez) ha establecido que las garantías del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos son aplicables a los procedimientos seguidos ante el Tribunal Constitucional²⁷⁴ pero para PULIDO QUECEDO²⁷⁵ el único competente para determinar la posible responsabilidad del Tribunal Constitucional sería el propio Tribunal Europeo como ya señaló en la sentencia de 1 de julio de 1997 (Asunto Pammel) respecto del Tribunal Constitucional Federal alemán.

No cabe duda que la argumentación del Tribunal Supremo es sumamente forzada sin que la reforma del artículo 139.5 de la LRJ-PAC aporte nada más que dudas adicionales de constitucionalidad por la reserva de ley orgánica que afecta al Tribunal Constitucional.

El artículo 139.5 de la LRJ-PAC ha pasado a la LRSP que recoge un contenido idéntico en su artículo 32.8. El precepto sigue partiendo de una previa declaración del funcionamiento anormal en los recursos de amparo o en cuestiones de inconstitucionalidad

²⁷¹ FERNÁNDEZ FARRERES G, *op. cit.*, págs. 288-290.

²⁷² Introducido por el artículo noveno de Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

²⁷³ Se volvería así a una situación similar a la creada por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (recurso 1/2003) que declaró la responsabilidad civil de varios magistrados del Tribunal Constitucional y que ha sido anulada por la STC 133/2013, de 5 de junio, por haber vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los magistrados recurrentes.

²⁷⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 276.

²⁷⁵ PULIDO QUECEDO M, *op. cit.*, pág. 4. Sin embargo, esa sentencia se limita a declarar que el Tribunal Constitucional Federal incurrió en una dilación indebida, vulnerándose el artículo 6 del Convenio y procede a aplicar el artículo 41 que permite al Tribunal conceder una satisfacción equitativa en estos casos, pero no afirma en ningún momento que el Tribunal Europeo sea el único órgano competente para declarar la responsabilidad de los tribunales constitucionales.

por el Tribunal Constitucional “*a instancia de parte interesada*” si bien no queda claro cómo se articulará esa petición, si como una suerte de incidente procesal o como un procedimiento administrativo que tramitaría el propio Tribunal. En todo caso, esa declaración es precisa para que el Consejo de Ministros tramite el procedimiento dirigido únicamente a la valoración del daño con audiencia (parece que en todo caso y con independencia de la cuantía) del Consejo de Estado.

4.1.3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.

Otro supuesto de extensión de la responsabilidad patrimonial a poderes públicos que no son Administración es el recogido en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 (recurso 603/2007) relativa al Defensor del Pueblo.

En este caso, el Tribunal Supremo reconoce que está enjuiciando la actividad de unos órganos constitucionales (Defensor del Pueblo y Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados) y, por tanto, excluidos del control de la jurisdicción contenciosa salvo en lo relativo a sus actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público, para conocer de los cuales ostenta competencia la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo conforme el artículo 12. 1 c) de la LJCA.

A partir de esa competencia la Sala considera que la responsabilidad patrimonial es una actividad típica de “*administración*”, sujeta al derecho público, y por tanto competencia de la Sala. Al ser una actividad típica de administración no procede, como pretendía el Congreso de los Diputados, entender que se trataba de un acto político parlamentario exento del control jurisdiccional²⁷⁶.

La sentencia recuerda que la LJCA atribuye a esta última el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración –artículo 2.e)– y que su artículo 1.3.a) “*considera en determinados ámbitos como Administración al Defensor del Pueblo y a las Cortes Generales pues “(...) («no sólo la Administración administra»).*”

Entiende la Sala que la participación en el procedimiento de la Comisión de Peticiones, “*actor inadecuado*”, supone un problema ya que la misma está exenta de control

²⁷⁶ Sobre el control de los actos parlamentarios, vid. NAVAS CASTILLO A, “Veinticinco años de control jurisdiccional de la actividad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, núm. 58-89, 2003-2004 y BIGLINO CAMPOS P, “Algunas consideraciones sobre la eficacia de los actos parlamentarios”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid*, núm.1, 1999.

jurisdiccional más allá del recurso de amparo, si bien considera que, puesto que su intervención se produjo a instancias del Letrado Mayor del Congreso al que iba dirigida la solicitud, no puede producir ningún perjuicio al reclamante, máxime cuando no había ningún órgano que ostentase la competencia para conocer de esa solicitud. Por ello, ejercitando una reclamación ante “*la Administración del Estado cuya personalidad jurídica única nadie discute*” que no fue examinada en el fondo, procede que los tribunales de justicia entren a conocer de la misma para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Entrando en el fondo de la cuestión, la sentencia considera que el artículo 9.3 de la CE cumple tres funciones. De un lado, es un fundamento del orden jurídico; de otro es una fuente inspiradora del ordenamiento y; en tercer lugar, es una fuente supletoria en los casos de inexistencia o insuficiencia de la regulación legal. Por ello: “*El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86, FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º) entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la sentencia dictada en el recurso de casación 585/08 . Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (v.gr.: la persona del Rey – artículo 64.2 –) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan*²⁷⁷”.

La sentencia reconoce que no puede tener el mismo tratamiento la responsabilidad de una “*organización servicial*” como es la Administración pública que la de otros poderes del Estado como el Poder Judicial, el Legislativo o el propio Tribunal Constitucional, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al proclamar la responsabilidad de los Estados miembros por los daños que causen a sus ciudadanos al incumplir sus compromisos comunitarios con independencia del poder interno causante de la lesión, si bien ha modulado su exigibilidad en función de la posición de la fuente del daño en el entramado institucional interno, sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* (asuntos C-6/90 y

²⁷⁷ En este sentido la sentencia incurre en una contradicción interna. Si el artículo 9.3 de la CE tiene un valor informador de todo el ordenamiento y es fundamento del orden jurídico, una ley que estableciese excepciones a ese principio constitucional adolecería de un evidente vicio de inconstitucionalidad.

C-9/90), 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (asuntos 46/93 y 48/93) y 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (asunto C-224/01)²⁷⁸.

En cualquier caso, una cosa es que el legislador tenga un margen de maniobra para configurar la responsabilidad de cada poder público y otra que no contemple la posibilidad de exigir tal responsabilidad, en cuyo caso los tribunales de justicia han de otorgar la tutela judicial efectiva que asegure la efectividad del artículo 9.3 de la CE.

En el caso del Defensor del Pueblo, los fines que le encomienda el artículo 54 de la CE y el desarrollo que del mismo efectúa la Ley Orgánica 6/1981, de 6 de abril, permiten entender que “*Presenta así una dimensión «prestacional» que autoriza a incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 de la Constitución*”, reforzando esta interpretación la normativa de derecho europeo que establece la responsabilidad extracontractual de la Unión²⁷⁹ y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁸⁰ que aplica dicho precepto al Defensor del Pueblo Europeo²⁸¹. Debe recordarse, además, que la responsabilidad de la Unión aparece recogida como un derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 41 contempla el derecho a una buena administración, disponiendo su apartado tercero: “*Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*”

Establecida la procedencia de exigir responsabilidad patrimonial al Defensor del Pueblo la sentencia concluye que el órgano competente para resolver es el Consejo de Ministros por la analogía existente entre esta responsabilidad y la del Estado legislador.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, puesto que en el citado recurso no se había personado (ni emplazado) la Administración General del Estado, la sentencia concluye que no puede entrar en el fondo, emplazando al

²⁷⁸ Como exposición de conjunto de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del derecho europeo, vid. COBREROS MENDAZONA E, “*Responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*”, Iustel, Madrid, 2015.

²⁷⁹ Actual artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada) Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

²⁸⁰ Vid. un temprano comentario a la sentencia Lamberts en COBREROS MENDAZONA E, “*¿Responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo europeo?*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre-diciembre 2002.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2004, *Médiateur/Lamberts* (C-234/02 P) y Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, *Lamberts/Médiateur* (T-209/00) y 24 de septiembre de 2008, *M/Médiateur* (asunto T- 412/05).

recurrente para que, si lo desea, reproduzca la petición de responsabilidad ante el Consejo de Ministros²⁸².

No obstante, ha de indicarse que la exigencia de responsabilidad al Defensor del Pueblo tenía ya el precedente de la responsabilidad patrimonial del Tribunal de Cuentas, órgano constitucional dependiente directamente de las Cortes Generales –artículo 136 de la CE– respecto del cual el Dictamen del Consejo de Estado 4535/1998, de 21 de enero de 1999, establecía que, respecto de sus actos no adoptados en el ejercicio de su función fiscalizadora y jurisdiccional, procedía tal responsabilidad ya que *“El régimen de responsabilidad por daños imputables a actuaciones objetivamente administrativas debe ser el mismo, cualquiera que sea el órgano público del que derive”* si bien, lógicamente, el dictamen del órgano consultivo debería ser solicitado por el Presidente del Tribunal.

Se establece así una notable ampliación del ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración al conjunto de los poderes públicos contemplados en la Constitución, salvo el supuesto expreso de irresponsabilidad del Rey²⁸³, debiendo destacarse que en las conclusiones²⁸⁴ del Seminario sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, organizado por la Escuela Judicial en el año 2010 junto con el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, se recogió que: *“Los asistentes se decantan, unánimemente a favor de que no exista ninguna parcela inmune a la responsabilidad patrimonial del Estado”*.

Lo anterior permite fijar como premisa básica el que el Estado de Derecho consagrado en la Constitución ha establecido como un principio esencial el de la responsabilidad de los poderes públicos. Lógicamente, esa responsabilidad tendrá una configuración diferente según el poder de que se trate, pero lo que no es admisible es que los poderes públicos, especialmente la Administración, eludan su responsabilidad.

²⁸² El Dictamen del Consejo de Estado 1610/2010, de 22 de julio, evacuado en la nueva reclamación planteada ante el Consejo de Ministros no hace referencia alguna a la procedencia de exigir responsabilidad patrimonial al Defensor del Pueblo, limitándose a indicar que la actuación de esta institución fue correcta y que los daños alegados por el reclamante no se han probado (depresión) o han sido gastos voluntarios (honorarios de abogados y procuradores).

Por el contrario, en el informe emitido por el Defensor del Pueblo a los efectos del artículo 10.1 RPRP se recoge que la presentación de una queja ante esta institución supone una *“(…) mera expectativa en quien la presenta de que la intervención del Defensor del Pueblo incida en la actuación administrativa, pero, en último término, es la Administración afectada la que revisa o modifica la relación jurídica preexistente y no la actuación del Defensor del Pueblo. De ahí que la posición de este, a efectos de responsabilidad patrimonial, sea distinta a la de la Administración pública.”*

²⁸³ Contemplado en el artículo 56.3 de la CE. Sobre su origen histórico y su significación constitucional, vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR C, “La irresponsabilidad del Rey: Evolución histórica y regulación actual”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

²⁸⁴ Disponibles en www.poderjudicial.es

Ahora bien, como veremos, si acudimos al terreno de la realidad jurídica, se puede apreciar como existe una notoria tendencia de las Administraciones Públicas al escapismo en esta materia. Ya sea mediante la creación de entes instrumentales de derecho privado a los que se les encomienda la prestación del servicio público, actuando a través de contratistas o bien directamente encomendando a particulares el desarrollo de funciones públicas.

Evidentemente este problema no solo afecta a la responsabilidad extracontractual sino que también se plantea, con soluciones normativas diversas, en otros ámbitos como la responsabilidad contractual o el ámbito laboral.

No estamos ante un problema banal o meramente doctrinal sino ante la necesidad de dar soluciones que, a la vez que garanticen el cumplimiento de preceptos constitucionales, den respuesta a numerosos problemas de los ciudadanos perjudicados mediante una de las instituciones jurídicas que, como afirma LORENZO MARTÍN-RETORTILLO²⁸⁵, es “(...) *de suma utilidad para el mejor funcionamiento del Estado*”.

4.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO UN “DERECHO” DE LOS CIUDADANOS. SU APARICIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

4.2.1. Los orígenes: De la irresponsabilidad como regla general a la necesaria articulación de diversas vías de reclamación de responsabilidad a la Administración.

En la doctrina tradicional sobre las fuentes de las obligaciones y dejando a un lado las derivadas del contrato, se distinguía entre las derivadas del delito y del cuasidelito, si bien esta distinción fue desapareciendo de tal forma que, como destaca CASTÁN²⁸⁶, “(...) *todos los hechos dañosos, deriven de una u otra fuente, producen en el orden civil una misma consecuencia, que es la de obligar a reparar el daño causado*”.

La responsabilidad extracontractual aparece así como un reflejo de lo que sería un principio general del derecho en cuanto que las personas deben reparar las consecuencias dañosas de sus actos. En un principio se trataba de actos injustos en los que el causante no actuaba en uso de un derecho: “*iniuria*”²⁸⁷.

²⁸⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L, “El Derecho Administrativo ante la crisis”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, enero-marzo 2013, págs. 117-135.

²⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, Tomo 4, 14ª edición, Reus, Madrid, 1988, pág. 935-936.

²⁸⁷ D 27, 5 (ULPIANO) “*si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*”, citando el capítulo III de la Lex Aquilia.

Limitándonos a aquellos antecedentes históricos que conectan directamente con nuestro estudio, baste decir que, en nuestro derecho, no operó la irresponsabilidad de los poderes públicos propia del derecho anglosajón²⁸⁸ por más que los tribunales hayan matizado esa regla²⁸⁹, sino que siempre se consideró que debían respetar el patrimonio de los ciudadanos, como lo demuestra el que las Partidas contemplasen la posibilidad de expropiar/desposeer a los propietarios de sus bienes siempre que los mismos “*se tornasen a procomunal de la tierra o del reino*” y que se diese por la cosa lo que valía²⁹⁰. Esta cita de la expropiación forzosa procede en cuanto la figura de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos aparece en nuestro derecho de forma plena con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, siendo dos instituciones cuya delimitación, en ocasiones, resulta problemática.

Con anterioridad a esa fecha hubo, ciertamente, regulaciones que contemplaban la responsabilidad de los poderes públicos pero se trataba de normas puntuales como la Ley de 9 de abril de 1842 sobre reparación de los daños causados en la primera guerra carlista, la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 o la Ley de 31 de diciembre de 1945 por la que se establece la indemnización cuando las Fuerzas militares o de Orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad para el trabajo de alguna persona.

TOMÁS MALLÉN²⁹¹ considera un precedente constitucional de la responsabilidad patrimonial el artículo 13 de la Constitución de 1869 al establecer el principio de

²⁸⁸ Basada en la máxima “*The King can do no wrong*” si bien parece que el sentido original de la expresión fue pervertido ya que como señala el Tribunal Supremo norteamericano en una nota al pie en la sentencia *Owen v. Independence*, 445 U.S. 622, 646 n. 28 (1980) “*Although it has never been understood how the doctrine of sovereign immunity came to be adopted in the American democracy, it apparently stems from the personal immunity of the English Monarch as expressed in the maxim, “The King can do no wrong.” It has been suggested, however, that the meaning traditionally ascribed to this phrase is an ironic perversion of its original intent: “The maxim merely meant that the King was not privileged to do wrong. If his acts were against the law, they were injuriae (wrongs). Bracton, while ambiguous in his several statements as to the relation between the King and the law, did not intend to convey the idea that he was incapable of committing a legal wrong.” Borchard, Government Liability in Tort, 34 Yale L. J. 1, 2, n. 2 (1924). See also Kates & Kouba, Liability of Public Entities Under Section 1983 of the Civil Rights Act, 45 S. Cal. L. Rev. 131, 142 (1972).*”

Curiosamente, en el derecho romano, los magistrados municipales estaban sujetos a la Lex Aquilia, ULPIANO D. 29.7 “*Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse lege Aquilia teneri*”. Vid TRISCIUOGLIO A, “Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana”, en “*Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*”, (FERNÁNDEZ DE BUJAN A (dir.)), Dykinson, Madrid, 2013, págs. 161-176.

²⁸⁹ Así el Tribunal Supremo norteamericano consideró que cabía demandar a los funcionarios pese a la inmunidad de los Estados. Vid Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

²⁹⁰ P 2, 1, 2.

²⁹¹ TOMÁS MALLÉN B, “*El derecho fundamental a una buena administración*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pág. 100.

responsabilidad personal de los funcionarios públicos cuando atentasen contra los bienes y derechos reconocidos constitucionalmente.

El artículo 41 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 establecía, al contemplar el régimen de los funcionarios públicos, que *“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley.”*

En los debates constitucionales ANTONIO ROYO VILLANOVA²⁹² formuló una enmienda a los efectos de que esa responsabilidad fuese de naturaleza directa y no subsidiaria con ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario. Para ROYO los fines del Estado habían cambiado y de un estado policial se había pasado a un estado prestador de servicios lo que exigía cambiar los parámetros de su responsabilidad. Sosa Wagner cita los comentarios de este administrativista a la Constitución republicana en los que destacaba que *“hoy el Estado no es un hombre que manda, es una entidad, un proveedor de servicios, no tiene aquel carácter oriental del poder; es la consecuencia de la solidaridad social y de la organización de los servicios públicos [...] y en todos ellos puede ocasionar perjuicios y daños: por eso hoy el problema de la responsabilidad del Estado tiene un interés que no podía tener antes”*.

Como recuerda GONZÁLEZ PÉREZ²⁹³ la postura de ROYO estaba influenciada por su hijo SEGISMUNDO ROYO²⁹⁴ que realizó en 1933 su tesis doctoral sobre la responsabilidad de la Administración.

Con carácter general, la responsabilidad del Estado aparecía contemplada en el oscuro artículo 1903.5 del CC que establecía la responsabilidad del Estado cuando actuaba por medio de un *“agente especial”*²⁹⁵, debiendo citarse igualmente dada su prolongada vigencia, la Ley

²⁹² SOSA WAGNER F, *“Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas”*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 109-137 dedicadas a D. Antonio ROYO VILLANOVA y su intensa vida política en la Segunda República.

²⁹³ GONZÁLEZ PÉREZ J, *“Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”*, 4ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 48.

²⁹⁴ ROYO FERNÁNDEZ CAVADA S, “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núms. 61-62, 1933. Conviene destacar que el director de la revista en ese momento era D. ADOLFO POSADA.

²⁹⁵ La sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 18 de mayo de 1904 considera que por tal agente especial debía entenderse *“(…) el que recibe un mandato o comisión concreta o determinada, ajena al ejercicio de su cargo si es funcionario público para que en representación del Estado y obligándole como mandatario suyo, cumpla el encargo que se le confíe, concepto que no puede alcanzar a un agente ejecutivo que es un empleado de la Administración activa y que bajo su responsabilidad ejerce las funciones propias y normales de su cargo, reguladas por la ley o por los reglamentos”*.

de 5 de abril de 1904 sobre responsabilidad de los funcionarios públicos, la llamada “*Ley Maura*”²⁹⁶.

La inoperancia de esta norma que FORTES GONZÁLEZ²⁹⁷ concreta en la exigencia de una suerte de reclamación previa (recordatorio previo) y que el daño proviniese de una infracción legal, con lo cual resultaba preciso una previa sentencia contenciosa que así lo declarase antes de interponer la demanda civil contra el funcionario a lo que se sumaba como último y definitivo obstáculo la posible condena en costas. Todo ello hizo que esta Ley no tuviese apenas virtualidad práctica por más que haya permanecido vigente hasta la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (disposición derogatoria única) que, por otra parte, elimina del artículo 146 de la LRJ-PAC la mención a la posible exigencia de responsabilidad civil a los funcionarios²⁹⁸.

En cualquier caso, como recuerda esta autora, la falta de eficacia de este régimen dio lugar a su supresión en diferentes ámbitos y así en el ámbito de la Administración local aparece la responsabilidad directa y objetiva de la Administración. En el Texto Articulado de la Ley de Régimen Local de 1950, como afirma ROYO VILLANOVA²⁹⁹, “(...) *por primera vez en España [se regula] con detalle la discutida cuestión de la responsabilidad extracontractual de la Administración*”.

La Ley distinguía entre los casos en los que las entidades locales actuaban como personas de derecho privado, en los que se aplicaría la normativa civil, y los supuestos en los que actuaban como personas jurídico-públicas en los que se aplicaría la nueva regulación. En estos casos se establecía una responsabilidad directa de la Administración, siempre que el funcionario no hubiera actuado con culpa o negligencia grave en cuyo caso la responsabilidad

²⁹⁶ GONZÁLEZ M J, “*El universo conservador de Antonio Maura. Biografía y proyecto de Estado*”, Biblioteca Nueva-Fundación Antonio Maura, Madrid, 1997, pág. 106. La citada Ley se enmarca en su política de “*descuaje del caciquismo*”. Como destaca, no obstante, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, el alcance de esa ley ha de valorarse en el contexto político del momento, ajeno del todo a cualquier posible exigencia de responsabilidad a los poderes públicos y sus agentes. Vid. MARTÍN RETORTILLO S, “Don Antonio Maura, Jurisconsulto”, en “*Homenaje a Don Antonio Maura*”, Instituto de España, Madrid, 2000, pág. 58.

²⁹⁷ FORTES GONZÁLEZ A I, “*La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014, págs. 50-54

²⁹⁸ Se eliminan así las dudas sobre una posible pervivencia de la Ley de 1904. Vid. al respecto FORTES GONZÁLEZ A I, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a los particulares. sobre la vigencia de la ley de 5 de abril de 1904”, en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*”, (SOSA WAGNER F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

²⁹⁹ ROYO VILLANOVA S, “La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950”, *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril 1951.

de la Administración sería meramente subsidiaria, requiriéndose, además, para poder ejercer la acción en el primer caso que la infracción legal hubiera sido declarada en sentencia firme.

En cuanto a la atribución jurisdiccional se establecía una dualidad, cuando menos confusa, que distinguía según los derechos “*lesionados*”. Si se trataba de derechos administrativos la competencia correspondía a los tribunales provinciales de lo contencioso y si se trataba de derechos civiles a la jurisdicción ordinaria.

Por más que al citado autor le pareciese que la nueva ley ofrecía unas garantías que podían³⁰⁰ “(...) *parangonarse con las establecidas en favor de los administrados por las legislaciones más progresivas de los países más civilizados*”, lo cierto es que este sistema no puede calificarse de adecuado con una distinción entre responsabilidad subsidiaria y directa basada en la culpa o negligencia graves del funcionario, exigiendo en este último caso una sentencia previa y manteniendo una dualidad de jurisdicciones.

4.2.2. La eclosión de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, directa y ¿objetiva?

De ahí el gran paso que supuso la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 al establecer la responsabilidad directa de la Administración en su artículo 121³⁰¹. Además, se remitía a un procedimiento administrativo específico para la determinación de la responsabilidad al establecer que se acudiría al establecido en la ley para la determinación del justiprecio en las ocupaciones temporales y valoración de bienes muebles.

Ese sistema, además de establecer la responsabilidad directa y objetiva (funcionamiento normal y anormal) de la Administración, contemplaba expresamente los supuestos en los que la Administración actuase a través de un concesionario en los que la responsabilidad correspondía a este, salvo que el daño tuviese su origen en alguna cláusula

³⁰⁰ ROYO VILLANOVA, *op. cit.*, pág. 299.

³⁰¹ Recientemente, ALEJANDRO NIETO ha propuesto una cierta vuelta al sistema de la Ley de 1904 mediante la exigencia en todo caso de la responsabilidad del funcionario, bien directamente (con la Administración como responsable subsidiaria), bien reclamando a la Administración que deberá repetir frente al funcionario en los casos de dolo, culpa grave o requerimiento previo so pena de incurrir igualmente en responsabilidad la autoridad que no lo hiciera. De esta forma propone igualmente la recuperación de la intimación al funcionario para que cese en el daño.

Sin perjuicio de que el profesor NIETO muestre claramente algunas de las patologías del actual sistema no parece que, en una Administración tan compleja como la actual, pueda implantarse un sistema basado en la responsabilidad de “un” funcionario cuando en una gran parte de los casos los daños han de imputarse a un mal funcionamiento colectivo del servicio público. Vid. NIETO GARCÍA, A., “*Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado*”, intervención en la sesión del 22 de abril de 2008 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, www.racmyp.es

impuesta por la Administración de ineludible cumplimiento. Además, en estos casos, la reclamación debía dirigirse frente a la Administración concedente, la cual se pronunciaría tanto sobre la procedencia de la reclamación como sobre quien debía abonarla. Frente a esa resolución podrían recurrir tanto el reclamante como el concesionario.

El sistema diseñado por la Ley de Expropiación Forzosa era plenamente coherente. Establecía la responsabilidad patrimonial de la Administración por sus actos dañosos de forma directa, sin exigir previamente responsabilidad alguna a los funcionarios que hubieran realizado el acto³⁰². No obstante, en un primer momento, dicho sistema no llegó a funcionar plenamente. La doctrina suele señalar que los tribunales no fueron especialmente propensos a reconocer la responsabilidad de la Administración, a lo que se ha de sumar, sin duda, la menor litigiosidad de la época tanto porque la actividad prestacional del Estado no era tan extensa como en la actualidad como por factores sociológicos (medios de comunicación, menor concienciación de los derechos, etc.) y políticos (carácter autoritario del Estado franquista)³⁰³.

En cualquier caso, la Ley de Expropiación Forzosa iba a fijar dos características esenciales de la responsabilidad de la Administración, su exigencia directa y su carácter objetivo al permitir su exigencia no solo en los casos de funcionamiento anormal sino también en los de funcionamiento normal, rasgos que pasarían a la normativa posterior, no así la claridad con que se regulaba la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos.

4.2.3. La publicación definitiva de la responsabilidad patrimonial mediante la unificación jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La articulación del actual sistema de responsabilidad patrimonial en la LEF supuso la atribución a la jurisdicción contencioso administrativa de las pretensiones relativas a daños y perjuicios tal y como establece su artículo 128, criterio que pasó igualmente a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956.

Fue la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 28 de julio de 1957 la que introdujo un criterio distorsionador del sistema al disponer en su artículo 41 que,

³⁰² Sistema plenamente garantista y, a diferencia de lo que afirmaba ROYO VILLANOVA sobre la Ley de Administración Local de 1950, ahora sí verdaderamente innovador como lo demuestra el que la Constitución Italiana de 1947 mantiene que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos es directa sin perjuicio de que la responsabilidad se extienda al Estado y a los entes públicos.

³⁰³ Vid a estos efectos MARTÍN REBOLLO L, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, enero-abril 2000. Destaca el autor la eclosión en esos años de una avalancha de reclamaciones de responsabilidad. Hoy la aplicación de doctrinas como la *lex artis*, los estándares de actuación o los llamados riesgos de la vida han reconducido notablemente la situación.

si el Estado actuaba en relaciones de derecho privado, respondería directamente de los daños causados a particulares por sus autoridades, funcionarios o agentes si bien en ese caso la responsabilidad habría de exigirse antes los tribunales ordinarios³⁰⁴.

Surgió de esta forma un sistema dual de atribución jurisdiccional que, al basarse en criterios tan difusos como el concepto de servicio público o la determinación de cuándo la Administración actuaba en relaciones de derecho privado, dio lugar en definitiva a que los ciudadanos no supieran con claridad el orden jurisdiccional que había de conocer sus reclamaciones de daños a lo que se sumaba, por un lado, el que también las jurisdicciones social y penal también conocían de pretensiones de daños y, por otro, la aparición de la doctrina jurisprudencial del “*peregrinaje de jurisdicciones*” creada por la jurisdicción civil sobre la base de una supuesta vis atractiva de esa jurisdicción y un principio de equidad por el que esa jurisdicción conocería de asuntos en los que su propia competencia era dudosa para evitar que los ciudadanos tuvieran que acudir de nuevo a otra jurisdicción con los enormes gastos y molestias que ello suponía³⁰⁵.

La reunificación jurisdiccional de las pretensiones de daños y perjuicios ejercitadas frente a la Administración fue un tanto complicada. En primer lugar la LRJ-PAC derogó la LRJAE y dispuso en su artículo 144 que la responsabilidad derivada de relaciones de derecho privado se exigiría directamente a la Administración, considerando los actos de su personal como actos propios y estándose a lo dispuesto en los artículos 142 y 143³⁰⁶. A su vez, el apartado 6 del artículo 142 establecía que la resolución del procedimiento ponía fin a la vía administrativa. En su desarrollo el RPRP estableció en su disposición adicional 1ª que la responsabilidad de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como de las entidades integrantes del Sistema Nacional de Salud derivada de la prestación de asistencia sanitaria seguiría la tramitación administrativa y contencioso-administrativa.

Tal unificación originó una serie de resistencias. Así, como destaca GAMERO CASADO³⁰⁷, pese a que una gran parte de la doctrina³⁰⁸, los tribunales de conflictos (tanto el

³⁰⁴ Vid. el comentario del artículo 2 e) de la LJCA por LEGUINA VILLA J, en “*Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 1999, págs. 100-104.

³⁰⁵ Vid. CALONGE VELÁZQUEZ A, “El “rompecabezas” jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en “Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 323-342.

³⁰⁶ Previamente la Ley 1/1991, de 7 de enero, había derogado el anacrónico apartado 5 del artículo 1903 CC.

³⁰⁷ GAMERO CASADO, *op.cit.*, págs.100-104.

³⁰⁸ Vid. MARTÍN REBOLLO L, “Medios procesales de efectividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción como la Sala de Conflictos de Competencia) el Defensor del Pueblo y diversos pronunciamientos judiciales entendieron que la LRJ-PAC había establecido la unificación jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso administrativa, no faltaron tampoco autores (especialmente civilistas³⁰⁹) y pronunciamientos judiciales³¹⁰ que mantuvieron la competencia de las jurisdicciones civil y social con diversos argumentos entre los que destacan: 1) Que la actuación en relaciones de derecho privado no puede incluirse en el concepto de “servicios públicos”; 2) Que los entes institucionales que actúan sometidos al derecho privado y no ejercen potestades administrativas no están sometidos a la LRJ-PAC; 3) La vis atractiva de la jurisdicción civil; 4) La división de la continencia de la causa que se ocasionaría si se demandaba también a un particular; y 5) Que la LRJ-PAC y el RPRP sólo habrían unificado el procedimiento administrativo careciendo del rango necesario (Ley Orgánica) para alterar el reparto jurisdiccional y que en la mala praxis sanitaria la competencia correspondería al orden social.

Pese a que alguna resolución como el Auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994 (Conflicto 12/1994) defendió que la LRJ-PAC había producido una unificación jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la que debía considerarse incluida la derivada de la prestación de asistencia sanitaria por entidades públicas que tienen la consideración de Administración Pública sin que se pudiera diluir su actuación en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, no faltaron otras resoluciones como la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 10 de julio de 1995 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2825/1994) que consideraron que la asistencia sanitaria es una prestación del sistema de Seguridad Social y no un servicio público a los efectos de la LRJ-PAC, destacando la reserva de Ley Orgánica en cuanto a las competencias de los distintos órdenes jurisdiccionales y calificando la disposición adicional 1ª del RPRP como “(...) *inoperante, en el sentido en que se extralimita y excede de su condición de Reglamento y se atribuye competencias en contra de la Ley. El Reglamento vulnera el principio de legalidad (artículos 9.3 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en lo concerniente a la asistencia sanitaria incluida en el repertorio prestacional de la Seguridad Social, aunque pueda estar ajustado en la actividad sanitaria del Sistema*

responsabilidad)”, en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*”, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 233-266.

³⁰⁹ Vid. PANTALEÓN PRIETO A F, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996.

³¹⁰ La Audiencia Provincial de Madrid planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 142.6 de la LRJ-PAC por considerar que vulneraba la reserva de Ley Orgánica del artículo 122 de la CE siendo inadmitida por el ATC 292/1997, de 22 de julio, por ser notoriamente infundada.

Nacional de la Salud.” Igualmente rechaza la aplicación vinculante de las resoluciones de la Sala de Conflictos al carecer de una composición paritaria.

Que la cuestión no era pacífica lo demuestran el que tanto el Auto de la Sala de conflictos como la citada sentencia de la Sala de lo Social contaron con votos particulares y merecieron críticas doctrinales como las de PALMA DEL TESO³¹¹ y PANTALEÓN PRIETO³¹². Previamente, y a favor de la atribución a la jurisdicción contenciosa de las reclamaciones en materia sanitaria, se pronunció IRURZUN MONTORO³¹³

La situación de desconcierto que originaron las sentencias de los distintos órdenes jurisdiccionales que afirmaban su competencia para conocer de este tipo de demandas motivó que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estableciese esa unificación en su artículo 2 e) prohibiendo expresamente que la Administración pudiera ser demandada por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Al mismo tiempo, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, complementaria de la LJCA, modificó el artículo 9.4 de la LOPJ estableciendo esa competencia aun cuando hubieran concurrido a la producción sujetos privados, previsión que, para ALEGRE ÁVILA³¹⁴, tenía en su punto de mira a los contratistas y concesionarios de la Administración puesto que el procedimiento de declaración de responsabilidad que para ellos establecían los artículos 121 y 123 LEF y 134 RCE había quedado desvirtuado por la admisión por los tribunales civiles de demandas dirigidas frente a ellos y a la Administración, en clara vulneración de la prohibición de acumular acciones incompatibles establecida en la legislación procesal civil. Además la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, atribuyó a la jurisdicción contenciosa todas la reclamaciones por responsabilidad del Sistema Nacional de Salud³¹⁵.

³¹¹ DE PALMA DEL TESO A, “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, págs. 135 y ss.

³¹² PANTALEÓN PRIETO F, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996, págs. 404 y ss.

³¹³ IRURZUN MONTORO F, “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995.

³¹⁴ ALEGRE ÁVILA J M, “La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, 2005.

³¹⁵ Una visión (laboralista) crítica puede verse en CAMÓS VICTORIA I, “La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria (La incidencia que sobre esta cuestión puede ocasionar la disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).”, *Aranzadi Social*, núm.5, 1999.

El último paso legislativo en esta unificación jurisdiccional ha venido dado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica, una vez más, los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) de la LJCA atribuyendo a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial “*cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*”

El carácter “*problemático*” de la unificación quedó acreditado una vez más al suprimir por error la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial los párrafos que recogían la unificación, error corregido por la disposición final 1ª de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible

No obstante, en los últimos años, han comenzado a surgir excepciones a esta unificación especialmente mediante la atribución del conocimiento de demandas de responsabilidad a la jurisdicción social³¹⁶, ya sea como consecuencia de daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional respecto de los cuales el artículo 2 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, atribuye a esa jurisdicción³¹⁷ las reclamaciones derivadas de daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las Administraciones Públicas respecto del personal funcionario, estatutario o laboral. Curiosamente la exposición de motivos lo justifica por la necesidad de evitar el “*peregrinaje de jurisdicciones*” logrando así enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador y creando un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño en línea con lo acordado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) y lo defendido por un “*amplio consenso de la doctrina científica*”.

De igual forma, se ha atribuido a la jurisdicción social el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la prestación de asistencia sanitaria por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social tras la modificación del artículo 68 del TRLGSS por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre. Sin perjuicio de un posterior análisis de las Mutuas, puede afirmarse que la Ley de la Jurisdicción Social de 2011 rompe la tendencia unificadora de la atribución a la jurisdicción contencioso-

³¹⁶ Una exposición de conjunto sobre las relaciones entre la jurisdicción social y la contenciosa en QUINTANA LÓPEZ T, RODRÍGUEZ ESCANCIANO S, “Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero 2012.

³¹⁷ Vid. MOLINS GARCÍA-ATANCE J, “Las novedades competenciales de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Aranzadi Social*, núm.10, 2012.

administrativa de las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de su actuación y abre la puerta a que materias como la prestación sanitaria prestada por las Mutuas que se venía conociendo por los tribunales contenciosos haya sido atribuida igualmente a la jurisdicción social.

4.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO DERECHO DE LOS CIUDADANOS.

La Constitución de 1978 presta una especial atención a la responsabilidad patrimonial de la Administración. En primer lugar, como hemos señalado, el artículo 9.3 de la CE establece como uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico el de la responsabilidad de los poderes públicos, principio general que se plasma en dos previsiones constitucionales específicas: el artículo 106 de la CE en cuanto se refiere a la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos y el artículo 121 de la CE cuando contempla la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial y, por otra parte, atribuye al Estado la competencia exclusiva respecto al sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18ª de la CE).

4.3.1. El debate constitucional sobre la responsabilidad patrimonial.

No obstante, la previsión que recoge el actual artículo 106 de la CE, a diferencia del principio del artículo 9.3 de la CE, no aparecía en el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia. En dicho texto tan solo se mencionaba, además del citado principio, la responsabilidad derivada de errores judiciales.

La posibilidad de incluir la responsabilidad patrimonial de la Administración en el texto constitucional arranca del voto particular del Grupo Parlamentario Socialista que propone añadir al precepto del Anteproyecto que establecía el control jurisdiccional de la Administración un apartado segundo según el cual³¹⁸: *“Los Tribunales controlarán la sumisión de la Administración a la Ley y al derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasione a los ciudadanos y suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada”*.

³¹⁸ “Constitución española: trabajos parlamentarios”, edición preparada por FERNANDO SÁINZ MORENO y MERCEDES HERRERO DE PADURA, Tomo I, Congreso de los Diputados, 2ª edición, Madrid, 1989, pág. 56.

Como se puede apreciar, el texto propuesto introducía un importante matiz como era el limitar las indemnizaciones a las “*lesiones injustas*”, introduciendo así el matiz de la culpa en la responsabilidad patrimonial de la Administración y al mismo tiempo alude a la inactividad de la Administración adelantándose en veinte años a la introducción de ese concepto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, que contaba con un claro precedente doctrinal en las tesis de Alejandro Nieto publicadas en 1962³¹⁹.

Además del voto particular se presentaron tres enmiendas al citado precepto. La núm. 64 del Sr. Letamendía Belzunce, la núm. 541 del Grupo Parlamentario Mixto y la núm. 779 del Grupo Parlamentario de la UCD.

Esta última proponía como texto “*Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Como justificación de la enmienda se indicaba: “*Redacción genérica más adecuada al carácter de una norma constitucional que ha de informar la legislación ordinaria y la actuación de todos los órganos del Estado*”³²⁰.

Frente a la redacción propuesta en el citado voto particular la que proponía esta enmienda se acercaba más a la responsabilidad objetiva al admitir como única excepción los casos de fuerza mayor e introducía la referencia al funcionamiento de los servicios públicos en clara conexión con lo que ya recogía la Ley de Expropiación Forzosa.

El informe de la ponencia procede a redactar el precepto conforme la enmienda del Grupo Parlamentario de la UCD³²¹ entendiendo así aceptadas las enmiendas 64 y 541, si bien los votos particulares se mantenían conforme establecía el Reglamento Provisional del Congreso.

En el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas la responsabilidad patrimonial pasó sin apenas discusión,³²² retirando el Grupo Parlamentario

³¹⁹ NIETO GARCÍA A, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37, enero-abril 1962, págs. 75 y ss. Cabe preguntarse si de alguna manera este autor influyó en la redacción del citado voto particular tanto en lo relativo a la inactividad de la Administración como a la responsabilidad de la misma.

³²⁰ *Op. cit.*, Tomo I, pág 496.

³²¹ B.O.C.G núm. 82, 17 de abril de 1978, pág. 1581.

³²² A diferencia de la inderogabilidad singular de los reglamentos que recogía un apartado d) del actual artículo 105 y que fue criticado por Laureano López Rodó por considerar que su redacción era oscura para los ciudadanos, en tanto que Gregorio Peces Barba le recordaba que el precepto recogía la terminología de García de

Socialista su voto particular en este punto y sin que se mantuvieran las otras dos enmiendas, por lo que al final el precepto fue aprobado por unanimidad. En el Pleno el precepto se votó conjuntamente con otros sin que se suscitase discusión.

En el Senado se plantearon únicamente dos enmiendas, una (Luis María Xirinacs) reproducía el texto del voto particular socialista si bien atribuía la competencia a los “*tribunales confederales*” y otras dos enmiendas, una del Senador Lorenzo Martín Retortillo y otra de la Agrupación Independiente, incidían, no tanto en la responsabilidad, como en la inclusión de la inactividad de la Administración en el precepto.

4.3.2. La garantía institucional de la responsabilidad patrimonial.

Esta consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que los constituyentes quisieron dotar de relevancia constitucional a este instituto configurándolo como un derecho de los ciudadanos por más que no se recogiera en el listado de derechos, aspecto criticado por MARTÍN REBOLLO.³²³

Es cierto que no se recoge como tal derecho en el Título I, a diferencia de la Constitución Italiana³²⁴ cuyo artículo 28 figura en su parte I bajo la rúbrica “*derechos y deberes de los ciudadanos*”, pero no puede dudarse de la especial relevancia que la Constitución de 1978 concede a la responsabilidad, elevándola, en el artículo 9.3³²⁵, al rango de principio constitucional destinado a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico (STC 27/1981, de 20 de julio), y, al mismo tiempo, como un derecho en el artículo 106 que expresamente alude a que los ciudadanos tendrán “*derecho*” a ser indemnizados pudiendo además calificarse como una garantía institucional³²⁶ (MONTORO CHINER y

Enterría o la intensa discusión sobre la necesidad de recoger en el texto constitucional al Consejo de Estado, necesidad arduamente defendida por Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

³²³ MARTÍN REBOLLO L, “La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37,1992, pág. 60.

³²⁴ La responsabilidad solidaria del Estado y entidades públicas junto con los titulares de los órganos, funcionarios o agentes aparece en el artículo 22 de la Constitución portuguesa de 1976 que VIEIRA DE ANDRADE considera una garantía institucional asociada a los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. Vid VIEIRA DE ANDRADE J C, “Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração pública em Portugal”, en “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997”, *op.cit.*, págs. 52-53.

³²⁵ En el debate en la Comisión el diputado Meilán Gil puso de manifiesto la relación entre el artículo 9.3 y el actual artículo 106.2

³²⁶ Sobre el concepto de garantía institucional formulado por CARL SCHMITT, vid. PAREJO ALFONSO L, “*Garantía institucional y Autonomías Locales*”, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, págs. 23 y ss. y BAÑO LEÓN J M, “La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 155-179, que destaca la conexión entre esta figura y la de los derechos fundamentales.

HILL PRADOS³²⁷, MIR I PUIGPELAT³²⁸, FORTES GONZÁLEZ³²⁹, XIOL RÍOS³³⁰) en cuanto que nos encontramos ante un supuesto que la Constitución ha querido dotar de una especial garantía ante el legislador ordinario.

Por el contrario, DÍEZ PICAZO³³¹, aun de una manera un tanto *obiter dicta*, afirma que, sin entrar a indagar si el artículo 106.2 de la CE recoge un derecho constitucionalmente reconocido, considera “*más probable*” su naturaleza de garantía institucional de una institución o de una figura.

ARIÑO y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO³³² consideran que la cláusula del Estado de Derecho en relación con la actividad de las Administraciones públicas de basa en los principios de legalidad, tutela judicial y garantía patrimonial integrado este último tanto por la garantía expropiatoria del artículo 33.2 como por el artículo 106.2 de la CE.

El Tribunal Constitucional en la STC 32/1981, de 28 de julio, acogió este concepto al afirmar que el orden jurídico-político establecido en la Constitución (F.J. 3) “(...) *asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición,*

³²⁷ MONTORO CHINER M^a J y HILL PRADOS M^a C, “*Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*”, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 15-25. Se apoyan en lo establecido en la jurisprudencia constitucional sobre la garantía institucional de la Seguridad Social ex artículo 41 CE (STC 37/1994, de 10 de febrero y las citadas en esta esta sentencia).

³²⁸ MIR PUIPELAT O, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*”, 2^a edición, Edisofer, Madrid, 2012, págs. 191-192.

³²⁹ FORTES GONZÁLEZ A I, *op. cit.*, págs. 79-80. Esta autora considera que el artículo 106.2 CE configura “(...) un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos al resarcimiento por los daños producidos como consecuencia del actuar administrativo”.

³³⁰ XIOL RIOS J A, “*El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados*”

www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaJuanAntonioXiolRios.html

³³¹ DÍEZ PICAZO L, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*”, Tomo V, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 55.

³³² ARIÑO G, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J M, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, VILLAR EZCURRA J L, ARIÑO GUTIERREZ M, ORTIZ SÁNCHEZ R, “*Principios de Derecho Público Económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*”, 2^a edición, Comares, Granada, 2001, págs. 36-41.

en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.”

La responsabilidad patrimonial estaría amparada por la garantía institucional contemplada en el artículo 106.2 de la CE de tal forma que el legislador no puede dejar de regular esta institución o regularla en contra de los principios básicos recogidos en el texto constitucional³³³. No podría, por ejemplo, limitar la responsabilidad a los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos y tampoco puede, como trataremos de argumentar, crear esferas en las que la Administración no responda del funcionamiento de los servicios públicos, basándose en la gestión privada de los mismos.

El Tribunal Constitucional en la STC 206/1997, de 27 de noviembre, consideró (F.J. 19) constitucional una norma legal al efectuar una interpretación de la misma que evitaba que quedara “(...) *neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el art. 106.2 C.E. si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad*” y en la ya citada STC 112/2006, de 5 de abril (F.J. 21) se afirma con claridad que: “*Sin embargo, una fórmula de exclusión total de la responsabilidad del Estado suscitaría dudas sobre su constitucionalidad, puesto que no es solamente el legislador quien puede realizar actividades susceptibles de generar esa responsabilidad. Dichas actividades, cuando las llevan a cabo órganos administrativos sí que están claramente sometidas a la regla del art. 106.2 CE, no siendo posible, en una ley, excluir radicalmente la posibilidad de que se produzcan lesiones indemnizables como consecuencia del funcionamiento de algún servicio público.*”

Ello supone, como destaca LEGUINA VILLA³³⁴, que la garantía constitucional de la responsabilidad patrimonial impide que la remisión del artículo 106.2 de la CE a la Ley sea una norma en blanco. El legislador no puede suprimir el derecho a la indemnización ni desfigurarla hasta hacerlo irreconocible, excluyendo sectores enteros de actividad administrativa. Antes, al contrario, el precepto constitucional obliga a la Ley a definir el

³³³ Para CARL SCHMITT en estos casos la regulación constitucional tiene como finalidad el hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria. Vid. SCHMITT C, “*Teoría de la Constitución*”, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 175.

³³⁴ LEGUINA VILLA J, “Comentario al artículo 106.2”, *op. cit.*, pág. 1736.

contenido del derecho, regular los elementos de los hechos dañosos que permitan su imputación a la Administración, fijar modalidades de reparación del daño o incluso establecer reglas especiales de resarcimiento.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 47.449, de 27 de noviembre de 1986, considera, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980 y 7 de julio de 1982 que la responsabilidad patrimonial consagrada en el artículo 106.2 de la CE constituye una pieza fundamental de nuestro Estado de Derecho cuyo natural carácter expansivo impide en su aplicación toda interpretación que obstaculice su plena realización material, y obliga en congruente coordinación con el principio de interpretación más favorable a los administrados, a dar preferencia al criterio hermenéutico que conduzca al examen de la acción.

Para REBOLLO PUIG³³⁵, el artículo 106.2 de la CE “*aunque condiciona y limita las posibilidades del legislador*” le concede un cierto margen que califica como “*amplio*” y destaca de forma muy significativa que el derecho de los particulares a ser indemnizados no significa que esa indemnización deba siempre pagarla la Administración pública pero, al mismo tiempo destaca el que las Administraciones Públicas “*requieren un régimen específico de responsabilidad de Derecho administrativo*” y así lo reconoce el propio artículo 106.2.

La constitucionalización, no solo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sino de la más genérica responsabilidad extracontractual, aparece en la STC 181/2000, de 29 de junio, que destaca que esta modalidad de responsabilidad ha evolucionado hasta constituir un verdadero derecho de daños que persigue la reparación del daño causado a la víctima, siendo un mecanismo de garantía de derechos fundamentales como el derecho a la vida y la integridad física del artículo 15 de la CE.

A título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2013 (recurso 823/2010)³³⁶ confirma la sentencia de instancia al anular una normativa autonómica que, al regular la conservación de una especie animal protegida, venía a establecer un sistema de cobertura de los daños que ocasionara esa especie mediante seguros privados de tal forma que la Administración procuraría que los perjudicados tuvieran la posibilidad de compensar los daños. Para el Tribunal Supremo (F.J. 7), al igual que para la Sala de instancia, ese sistema

³³⁵ REBOLLO PUIG M, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial”, en VV.AA., “*Estudios para la reforma de la Administración Pública*”, INAP, Madrid, 2003, págs. 215-241.

³³⁶ Comentada en FONT I LLOVET, T, GALÁN GALÁN A, MIR PUIGPELAT O, PEÑALVER I CABRÉ A, TORNOS MAS A, “Notas de Jurisprudencia Contencioso Administrativa: El lobo, el servicio público y la eventual limitación de responsabilidad de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, enero-abril 2014, págs. 251-254.

no solo no cubre las exigencias de la LRJ-PAC sino que, en realidad, parece excluir su aplicación³³⁷.

La conexión de la responsabilidad de la Administración con la cláusula del Estado Social determina para PÉREZ MORENO³³⁸ que se eleve el protagonismo de protección de las víctimas de daños ocasionados por las estructuras organizadas para el servicio objetivo a los intereses generales.

Lo avanzado del sistema de responsabilidad patrimonial configurado tanto por la CE como por la LRJ-PAC se puede comprobar al analizar la Recomendación N° R (84) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la responsabilidad pública³³⁹ en la que como destaca SANZ RUBIALES³⁴⁰ el concepto de poder público se extiende tanto a las entidades de derecho público como a las de derecho privado cuando ejerzan prerrogativas de potestad pública³⁴¹ excluye, por el contrario, los actos adoptados en el ejercicio de la función judicial³⁴² y limita la responsabilidad por actos normativos a los reglamentos sin comprender las leyes.

4.3.3. Responsabilidad patrimonial y eficacia de la Administración. Su función preventiva.

Los orígenes de la responsabilidad extracontractual están íntimamente ligados a los delitos privados por contraposición a los crímenes en los que existía un interés público, de ahí que algunos de sus fines recuerden los de la pena y que se trate de una institución íntimamente vinculada al mantenimiento de la paz social. Tradicionalmente se han asignado tres fines tanto a la responsabilidad civil como a la responsabilidad patrimonial de la

³³⁷ Por ello resulta dudosa la constitucionalidad del nuevo artículo 54.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad redactado por Ley 33/2015, de 22 de septiembre, que establece que las Administraciones no son responsables de los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre, excepto en los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica.

³³⁸ PÉREZ MORENO A, “La responsabilidad por daños de concesionarios y contratistas en el núcleo de la cuestión jurisdiccional sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997”, *op.cit.*, pág.402.

³³⁹ Secretaría General Técnica, “*Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, págs. 395-399.

³⁴⁰ SANZ RUBIALES I, “Criterios del Consejo de Europa y del ordenamiento español: Algunos problemas” en “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997”, *op.cit.*, págs. 63-65.

³⁴¹ Supuesto en el que SANZ RUBIALES solo considerable el caso de los gestores de servicios públicos locales que dicten actos en ejercicio de funciones delegadas conforme el artículo 126.3 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales.

³⁴² Expresamente contemplada, por el contrario, en el artículo 121 de la CE.

Administración, esto es, una función compensatoria, una función punitiva y, por último, una función preventiva.

En cuanto a la primera, destaca MEDINA ALCOZ³⁴³ que el derecho de la responsabilidad por daños ha venido cumpliendo desde la Ley de Expropiación Forzosa una función resarcitoria consistente en la reparación del equilibrio personal o patrimonial alterado, compensando las consecuencias desagradables del hecho dañoso.

En segundo lugar, la responsabilidad, como consecuencia de sus orígenes históricos, tuvo una finalidad punitiva pero hoy día no tiene esa naturaleza salvo en los ordenamientos (especialmente los anglosajones) que admiten la figura de los daños punitivos³⁴⁴. Tales daños que en el derecho anglosajón tienen una finalidad de castigo y prevención general³⁴⁵ no encajan en un ordenamiento continental como el nuestro en el que rige el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto.

Por el contrario, la finalidad preventiva de la responsabilidad extracontractual es más clara. Parece razonable establecer que la persona, pública o privada, que se ve obligada a indemnizar un daño adoptará las medidas a su alcance para evitar tener que indemnizar de nuevo con la consiguiente pérdida patrimonial. En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta palmaria la utilidad de la responsabilidad de la Administración prevista en el artículo 106. 2 de la CE como un instrumento para alcanzar un mayor grado de eficacia conforme exige a la Administración Pública el artículo 103 del texto constitucional.

NAVARRO MUNUERA³⁴⁶ destacaba que, en una gran parte de casos, la responsabilidad patrimonial de la Administración se declaraba en casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos lo cual permite a los tribunales determinar los parámetros de eficacia y calidad exigibles. Ello permite a este autor rechazar las críticas a una supuesta hipertrofia de la responsabilidad patrimonial por cuanto es fácilmente evitable mediante una

³⁴³ MEDINA ALCOZ L, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función.”, en *“Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas”*, (Cano Campos T, coord.), Iustel, Madrid, 2009, pág. 49.

³⁴⁴ SALVADOR CODERCH P, “Punitive Damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, págs.139-152.

³⁴⁵ Siempre y cuando no sean extraordinariamente exagerados en cuyo caso pueden violar el derecho constitucional al debido proceso. Vid. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996)

³⁴⁶ NAVARRO MUNUERA A, “El papel de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la garantía de la eficacia de los servicios públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *“La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta”*, (MONTORO CHINER M J, coord.), Atelier, Barcelona, 2003, págs. 629-663.

mejora del funcionamiento de los servicios público especialmente mediante la elaboración de cartas de servicios que permitan garantizar la realización del artículo 103 de la CE.

MARTÍN REBOLLO³⁴⁷, tras destacar el enorme cambio que se ha producido en la exigencia por los ciudadanos de responsabilidad a la Administración, destaca que la responsabilidad no solo es un mecanismo de garantía sino que presenta una función propedéutica: “(...) que la Administración aprenda cómo debe actuar en el futuro para evitar que sea condenada”. Si bien limita esta función a los casos de funcionamiento anormal, lo cierto es que también produce efectos en los casos de funcionamiento normal ya que induce a la Administración a adoptar todas las posibles medidas que eliminen o, al menos, minimicen los daños.

MIR PUIGPELAT³⁴⁸ considera que aun cuando la principal función de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la reparación del daño, asimismo debe cumplir una finalidad preventiva para lo cual ha de alcanzar no solo a la Administración en si sino también a las personas físicas que la integran y actúan a su servicio por lo que considera correcta la introducción de la acción de regreso contra los funcionarios que hayan actuado con dolo o culpa grave introducida en el artículo 145.2 de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Por último, destaca que cumple una función de control del buen funcionamiento de los servicios públicos que permite cumplir tanto el principio de legalidad del artículo 9.3 de la CE como la eficacia exigida en el artículo 103. En este mismo sentido, conectando la responsabilidad con el fenómeno de la corrupción, NEVADO-BATALLA MORENO³⁴⁹ considera que el establecimiento de un sistema de responsabilidad³⁵⁰ redundaría de manera beneficiosa en la ordenación interna de la Administración corrigiendo comportamientos contrarios a ella que, en cuanto disfuncionalidades, menoscaban su finalidad de lograr el interés general.

No obstante, esas funciones de la responsabilidad, se han visto, como destaca este autor, disminuidas como consecuencia del aseguramiento por parte de la Administración. Esta práctica, ciertamente, es cómoda para el gestor presupuestario por cuanto representa un gasto

³⁴⁷ MARTÍN REBOLLO L, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, enero-abril. 2000, págs. 317-371.

³⁴⁸ MIR PUIGPELAT O, *op.cit.*, págs. 115-123.

³⁴⁹ NEVADO-BATALLA MORENO P T, “Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, en *“La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos”*, (FABIÁN CAPARRÓS E A, coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 46-47.

³⁵⁰ Si bien este autor se refiere de un modo genérico a la responsabilidad de funcionarios y autoridades no ha de excluirse la responsabilidad patrimonial como un integrante más de esa responsabilidad, aunque solo sea por la vía de la acción de regreso.

estable anual y evita tener que realizar modificaciones presupuestarias ante supuestos indemnizatorios imprevistos, pero desincentiva tanto a las estructuras administrativas como a los empleados públicos por cuanto en ningún caso van a asumir responsabilidad. Además, la introducción de la aseguradora en la relación jurídico administrativa perjudica la tramitación del procedimiento administrativo³⁵¹ y aumenta los costes para el justiciable en caso de tener que acudir a la vía contencioso-administrativa.

Recientemente, MENÉNDEZ SEBASTIÁN³⁵² considera que el instituto de la responsabilidad patrimonial, vinculado al principio de eficacia, debe servir para disuadir y guiar el modo de actuación de la Administración, que ha de tenerla presente para tomar decisiones, sirviendo así de medio para lograr una mayor justicia social.

³⁵¹ A título de ejemplo los pliegos de prescripciones técnicas del contrato de seguro del Servicio Madrileño de Salud prevén una comisión mixta formada por representantes de la Administración y de la Aseguradora que analiza la procedencia de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas sin que las deliberaciones de esa comisión dejen rastro alguno en el expediente administrativo. En concreto la cláusula 30ª del Pliego de Técnicas establece que a esa comisión le corresponde la adopción de las propuestas pertinentes tras su estudio administrativo, jurídico, técnico-asegurador y médico-legal.

³⁵² MENÉNDEZ SEBASTIÁN E M, “*La Administración al servicio de la justicia social*”, Iustel, Madrid, 2016, pág. 205.

Capítulo 5

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU APLICACIÓN A LOS DISTINTOS PODERES PÚBLICOS Y EL COMPLEJO CONCEPTO “SERVICIOS PÚBLICOS” COMO ORIGEN DE LA MISMA

5.1. ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS. LA PROBLEMÁTICA IMPUTACIÓN A LOS ENTES DE LA ADMINISTRACIÓN SUJETOS AL DERECHO PRIVADO.

5.1.1. Organismos autónomos.

5.1.2. Entidades públicas empresariales.

5.1.3. Sociedades mercantiles públicas.

5.2. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA Y LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO MECANISMOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DE ENTES INSTRUMENTALES A LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ.

2.3. TRES SUPUESTOS ANTE LOS TRIBUNALES: CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., METRO DE MADRID S.A. Y EL CANAL DE ISABEL II.

5.4. PROPUESTAS DE REFORMA.

5.5. EL ARTÍCULO 35 DE LA LRJSP.

5.6. EL SERVICIO PÚBLICO COMO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Capítulo 6

LA ACTUACIÓN INDIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN. LA PROBLEMÁTICA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS

6.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

6.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS EN EL DERECHO CIVIL.

6.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL.

6.3.1. Antecedentes históricos.

6.3.2. La regulación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

6.3.3. El problema en la legislación de contratación pública y en la de procedimiento administrativo.

6.4. LA DIVISIÓN DOCTRINAL SOBRE LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO AL PROBLEMA.

6.5. EL EXCESIVO CASUISMO EN LA JURISPRUDENCIA Y LA AUSENCIA DE UN CRITERIO COMÚN EN LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES.

6.5.1. Responsabilidad directa del contratista o responsabilidad de la Administración con acción de regreso frente a este.

6.5.2. Determinación por la Administración de la responsabilidad del contratista o invasión de competencias judiciales.

6.5.3. Ejercicio opcional de la vía recogida en la legislación de contratos públicos.

6.5.4. Necesidad de evitar interpretaciones que eludan la garantía constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

6.5.5. Competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativo y requisito procesal de demandar al contratista.

6.5.6. Responsabilidad del contratista ¿subjctiva u objetiva?

6.5.7. Responsabilidad de la Administración por culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

6.5.8. El intento de unificar criterios en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009.

6.5.9. Responsabilidad por productos defectuosos.

6.6. EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

6.7. NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN CLARA. PROPUESTAS AL RESPECTO.

6.8. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE ILÍCITOS PENALES COMETIDOS POR PERSONAL DE LOS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS.

6.9. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONVENIOS.

Capítulo 7

LA ACTUACIÓN DE SUJETOS PRIVADOS “COLABORADORES” DE LA ADMINISTRACIÓN.

Junto a los supuestos tradicionales de actuación de la Administración a través de sujetos privados mediante fórmulas convencionales o contractuales, en los últimos años se ha incrementado notablemente el número de supuestos en los que entidades privadas asumen funciones tradicionalmente administrativas sin que exista una relación sinalagmática con la Administración.

Por otra parte, se ha procedido a un cambio radical en los mecanismos de control de la Administración pasando de un control previo mediante los tradicionales mecanismos de la licencia, autorización o permiso a un control a posteriori de las declaraciones responsables que formulan los particulares. Ello plantea problemas específicos a la hora de determinar las responsabilidades que se derivan de su actuación.

7.1. LA COLABORACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS ENTIDADES PRIVADAS ANTE LOS NUEVOS RIESGOS.

7.2. LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS TRAS LA DIRECTIVA BOLKENSTEIN. DECLARACIONES RESPONSABLES Y ENTIDADES COLABORADORAS.

7.2.1. La superación de la técnica autorizatoria. Los riesgos del nuevo sistema.

7.2.2. LA GARANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL.

7.3. LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DE ESTAS ENTIDADES EN LA NORMATIVA SECTORIAL.

En estos casos, las normas que regulan estas entidades suelen establecer la

responsabilidad exclusiva de las mismas y, además, con frecuencia, exigen un seguro de responsabilidad civil, fianza u otro tipo de garantía que cubra los posibles daños que genere su actuación, si bien, en general, esta responsabilidad se regula muy someramente, limitándose la normativa a establecer esas obligaciones pero sin mayores concreciones.

Examinaremos a estos efectos dos supuestos específicos y un intento de regulación general.

7.3.1. Las entidades colaboradoras de la Administración urbanística en la legislación madrileña.

7.3.2. La responsabilidad de las entidades de reconocimiento de buques.

7.3.3. Un intento de regulación general: La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña.

7.4. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ESTAS ENTIDADES.

7.5. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL A LA RESPONSABILIDAD DE ESTAS ENTIDADES.

7.6. LA RESPONSABILIDAD DE ESTAS ENTIDADES EN EL DERECHO COMPARADO.

7.7. LAS ENTIDADES COLABORADORAS Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Capítulo 8

LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

Los problemas que venimos exponiendo respecto a la efectividad del derecho a la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando esta actúa mediante sujetos privados se agravan en el caso peculiar de la actuación de las Mutuas de trabajo y del mutualismo administrativo como régimen especial de Seguridad Social.

El artículo 41 de la CE recoge, aunque como principio rector de la política económica y social, el derecho de todos los ciudadanos a un régimen público de seguridad social mantenido por los poderes públicos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. A su vez, el artículo 43 de la CE establece el derecho a la protección de la salud.

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha venido destacando que la exigencia de un sistema de Seguridad Social no implica que este deba ser prestado en régimen de derecho público, así las SsTC 37/1994, de 10 de febrero y 129/1994, de 5 de mayo y las más reciente STC /2015, de 30 de abril.

8.1. LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

Una de las formas por la que las prestaciones de la Seguridad Social se prestan a través de la colaboración de sujetos privados son las Mutuas de Accidentes de Trabajo, actualmente denominadas Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social tras la modificación operada por Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

El artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, define las Mutuas como “(...) *las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.*” El mismo precepto enumera en su apartado 2º las actividades de la Seguridad Social que pueden desarrollar y en el apartado 4º

se establece que “(...) *forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad.*”

En cuanto se trata de la cobertura de riesgos de los trabajadores derivados de su trabajo la responsabilidad por los mismos corre a cargo de los empresarios por lo cual se permite a estos que se asocien para cubrir tales riesgos gestionando sus propias aportaciones sin que pueda configurarse como una suerte de autoseguro puesto que la obligación de cotizar, como prestación patrimonial de carácter público, tiene un régimen similar al de los tributos (STC 39/1992, de 30 de marzo (F.J. 6º)).

Nos encontramos, nuevamente, ante una figura en la cual, pese a su naturaleza privada, puesto que está formada por sujetos de derecho privado, se le atribuyen funciones relativas a una actividad pública como es la Seguridad Social. Es decir, son entidades privadas que prestan funciones de servicio público que, en otro caso, debería prestar la Administración estando, en cuanto se trata de un servicio público, bajo la vigilancia de la Administración. Como en los demás casos expuestos su naturaleza público-privada no ha dejado de suscitar problemas.

De hecho esa dualidad se pone de manifiesto en la reforma operada por la Ley 35/2014 que fue calificada en los debates parlamentarios³⁵³ como una forma de privatización de las prestaciones de la Seguridad Social al ampliarse el ámbito de actuación de las Mutuas en tanto que otro grupo político criticaba lo que consideraban una publicación de las Mutuas al ampliarse los mecanismos de control de la Administración.

LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ³⁵⁴ afirman que estas entidades realizan verdaderas funciones de gestoras a las que se han ido aproximando aunque sin equipararse con ellas, constituyendo “(...) *una participación privada en funciones públicas, bastante atípica en los modelos de Seguridad Social, a la vez sometida a controles públicos. De ahí su ambigüedad entre privatización y publicación*”.

³⁵³ Las referencias a la privatización se formularon por diversos diputados de los Grupos Mixto, Socialista y de la Izquierda Plural. La crítica al proyecto de ley como una forma de publicación se realizó por el Grupo Vasco y el Grupo Popular, en cuanto soporte parlamentario del Gobierno autor del proyecto, defendió que la reforma no era ni una cosa ni la otra. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 226, 9 de octubre de 2014, págs. 15-35.

³⁵⁴ LÓPEZ GANDÍA J, TOSCANI GIMÉNEZ D, “La reforma de las Mutuas”, Bomarzo, Albacete, 2015, pág. 7.

Esta misma ambigüedad, pero con un mayor peso del carácter privado de las Mutuas, es destacada por MERCADER UGUINA³⁵⁵ que parte de su naturaleza de asociaciones de naturaleza jurídico-privada integradas exclusivamente por empresarios. Esa naturaleza está mediatizada por la intervención estatal pero tal intervención ha de respetar esa naturaleza jurídico privada sin que el legislador pueda eliminar o borrar “*cualquier rasgo definidor del carácter “privado” de dicha institución*”. De esta forma el legislador no puede, a su juicio, eludir ese carácter privado que se traduce en que los sujetos privados que integran las Mutuas dirigen su actuación a la defensa de intereses jurídicos particulares, protegiendo el derecho constitucional de asociación no solo la creación de esas entidades sino también su funcionamiento.

Por ello rechaza la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (recurso 4585/2001) cuando considera que “(...) *la Mutua Patronal, en cuanto la entidad colaboradora que es, en la gestión de la Seguridad Social, participa de la naturaleza y es en cierto modo Administración y por ello el conflicto no se produce entre la Administración y un extraño o interesado ajeno a la misma y sí propiamente entre un órgano gestor y el que tiene encomendada la tutela y control de esa gestión*” sin que, a juicio de este autor, proceda incluir a las Mutuas dentro de la denominada Administración corporativa.

En términos similares LÓPEZ GANDÍA Y TOSCANI GIMÉNEZ³⁵⁶ consideran que su régimen jurídico estaría en gran parte “*administrativizado*”, siendo, en cierto modo, Administración si bien de acuerdo con criterios de proporcionalidad y ponderación al tratarse de asociaciones privadas.

Para SEMPERE NAVARRO³⁵⁷ es innegable que los Entes Públicos pierden presencia en la gestión de la Seguridad Social por lo que “*los elementos de privatización son claros*”, potenciándose el papel de las Mutuas que han pasado a gestionar amplias parcelas de la Seguridad Social “*sin un verdadero debate sobre el modo de hacerse*” si bien destaca, como no podía ser menos, el mayor grado de publicación que supone el incremento de funciones de las Mutuas que, lógicamente, conlleva una mayor tutela por parte de los poderes públicos.

³⁵⁵ MERCADER UGUINA J R, “Comentario al artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social”, en “Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”, (GARCÍA PERROTE ESCARTÍN I, MERCADER UGUINA J R, dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, BIB 2015\17099.

³⁵⁶ LÓPEZ GANDÍA J, TOSCANI GIMÉNEZ D, *op. cit.*, pág.11.

³⁵⁷ SEMPERE NAVARRO A.V, “Estudio introductorio: Las Mutuas tras la Ley 35/2014: Una visión global”, en MANZANO BAYÁN P, ESCOLANO MARTÍNEZ D, CID BABARRO C, “*Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora*”, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Es por ello que el artículo 2.2 h) de la Ley 17/2003, de 16 de noviembre, General Presupuestaria³⁵⁸ engloba a las Mutuas en el sector público institucional estatal a los efectos de dicha Ley pero, en cambio, no se integran en el sector público institucional estatal tal y como resulta del artículo 84 de la LRJSP.

Las Mutuas prestan asistencia sanitaria conforme lo establecido tanto en el artículo 80 a) del TRLGSS, el artículo 12 del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre y el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas de Accidentes de Trabajo. En concreto este último parte del criterio (demandado por el Tribunal de Cuentas) de que las Mutuas presten la asistencia sanitaria con medios propios, de otras Mutuas (si económicamente es más beneficioso que mediante contrato) o de Administraciones públicas sanitarias (previo convenio) y, solo en caso de imposibilidad de estos mecanismos, celebren contratos con entidades privadas de acuerdo con la normativa de contratación pública, añadiendo su artículo 11 que: “(...) *Tales conciertos, que deberán ajustarse a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no podrán suponer la sustitución de la función colaboradora atribuida a las Mutuas, en cuyo nombre se prestará la asistencia, ni excluir la posibilidad de que tales conciertos se extiendan a otras Mutuas.*”

Por tanto la normativa establece, como no podía ser menos, que la asistencia se prestará en nombre de las Mutuas por lo que es lógico que estas asuman las consecuencias de esa asistencia. Ahora bien, lo cierto es que las reclamaciones por asistencia sanitaria prestada por las Mutuas han ocasionado numerosos problemas. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 (recurso 1885/2008) recuerda que el traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias del extinto Instituto Nacional de la Salud en materia de prestaciones sanitarias conlleva aparejado el control sobre las actividades sanitarias de las Mutualidades integradas en la Seguridad Social al formar parte del Sistema Nacional de Salud sin que “*El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud*”. Por ello entiende la Sala que se encuentran sometidas al mismo régimen que las Administraciones públicas recordando expresamente el derecho de los ciudadanos a la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos conforme el artículo 106.2 de

³⁵⁸ Redactado por la disposición final 8ª de la LRJSP.

la CE y la interpretación amplia que, a estos efectos, ha hecho la jurisprudencia del concepto de servicio público.

En todo caso, siguieron las dudas interpretativas³⁵⁹, por lo que el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de octubre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 388/2009), consideró que *“El criterio correcto y ajustado a Derecho es el de la sentencia de contraste. La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS”*.

Este es, igualmente, el criterio del Consejo de Estado si bien, tratándose de reclamaciones planteadas ante el Ministerio competente en materia de Mutuas, considera que no hay responsabilidad de dicho departamento, habida cuenta que solo ostenta funciones de tutela económica sobre dichas entidades.

Así el Dictamen 728/2012, de 19 de julio, considera que resulta aplicable la jurisprudencia recaída en relación con la aplicación de la citada disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC, tanto en el aspecto relativo a la competencia jurisdiccional, como en cuanto a los aspectos de fondo relacionados con la responsabilidad patrimonial invocada por los interesados, citando numerosa jurisprudencia en la que se califica como actividad administrativa impugnabile la prestación sanitaria dispensada por la Mutua³⁶⁰.

Más recientemente, en el Dictamen 339/2015, de 11 de junio, el órgano consultivo entiende que *“De las notas características del régimen jurídico de las Mutuas, en definitiva, no cabe deducir que estas y la Administración titular de la potestad de tutela presten en colaboración los servicios de atención a los mutualistas. La colaboración se produce en la*

³⁵⁹ JARABO CALATAYUD, A, “La responsabilidad patrimonial por daños derivados de asistencia sanitaria prestada por mutualidades y Mutuas patronales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 27, 2008, págs. 41-73.

³⁶⁰ Por ello entiende el Consejo que *“Desde esta perspectiva, las Mutuas patronales, como entidades colaboradoras que gestionan patrimonio público y fondos del sistema público de la Seguridad Social y cuyas prestaciones sanitarias forman parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud, han de entenderse incluidas por decisión del legislador en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992.”*

"gestión del sistema", no en la realización y prestación de los servicios asumidos por la mutua en cuestión. Las Mutuas no son Seguridad Social, sino asociaciones de empresas constituidas para facilitar la gestión de la Seguridad Social, que responden por sí mismas de todas sus obligaciones legales o contractuales. Por consiguiente, la Administración no ofrece servicios médicos, ni selecciona al personal que los presta, ni tiene margen alguno de colaboración en la prestación de dichos servicios, por lo que no asume responsabilidad alguna sobre esos extremos. "

Recordando su doctrina entiende que las reclamaciones por la responsabilidad sanitaria prestada por las Mutuas deben, tras la introducción de la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, exigirse ante la jurisdicción contenciosa, toda vez que las Mutuas patronales son entidades colaboradoras que gestionan patrimonio público y fondos del sistema público de la Seguridad Social y cuyas prestaciones sanitarias forman parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de la Salud. Como consecuencia lógica las reclamaciones de tal responsabilidad deben ser planteadas ante la Mutua que las ha de tramitar conforme la LRJ-PAC, cabiendo contra su decisión recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A nuestro juicio esta sería la solución adecuada. Si partimos de la premisa lógica de que la persona que recibe la asistencia sanitaria no debe tener menos derechos en función de que la reciba directamente de la Administración sanitaria autonómica o de una Mutua, no puede eliminarse el procedimiento administrativo previo.

Tesis similares se recogen en los demás Consejos Consultivos³⁶¹ que suelen establecer la falta de legitimación pasiva de la Administración respecto de la asistencia prestada por las Mutuas (Dictamen 75/04, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña), Dictamen 421/12, de 2 de octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Dictamen 648/2003, de 22 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana). En otros casos se admite una posible responsabilidad de la Administración como consecuencia de sus competencias en materia de tutela de las Mutuas como es el caso del Dictamen 385/2012, de 26 de abril, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana que menciona como ejemplo de esa responsabilidad el que el centro donde la Mutua prestase la asistencia sanitaria careciese de materiales adecuados o que el personal que

³⁶¹ Vid al respecto la sección sobre doctrina de los Consejos Consultivos de la *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 21, enero-junio 2014, págs. 387-428.

dispensara la atención no tuviese la capacidad profesional requerida³⁶². En cualquier caso, todos los dictámenes consideran que, si existiese una infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada, la responsabilidad que se derive corresponde en todo caso a la Mutua.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁶³ en sus sentencias de 4 de marzo de 2014 (recurso 547/2011) y de 23 de junio de 2014 (recurso 1085/2012) entiende, sobre la base de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 (recurso 1885/2008) y 26 de octubre de 2011 (recurso 388/2009), que la naturaleza privada de las Mutuas no es obstáculo para que pueda reclamarse su responsabilidad patrimonial toda vez que ejercen un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, se encuentran sujetas al mismo régimen que las Administraciones públicas conforme el artículo 106.2 de la CE.

A este respecto, ALONSO MÁZ y NARBÓN LAINEZ³⁶⁴ consideran que la reclamación (a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado) debería plantearse ante la Administración ya que de lo contrario no habría actividad administrativa impugnabile³⁶⁵.

Por ello la Mutua debe resolver sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del sistema sanitario y mucho menos a otras entidades tales como el Ministerio de Sanidad, Empleo y Seguridad Social, el Instituto Nacional de Seguridad Social o la Tesorería General.

No obstante, en ocasiones, ese Tribunal ha abierto la puerta a una posible responsabilidad de la Comunidad de Madrid por ser la Administración competente en cuanto a la prestación de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social sobre la base de sus competencias en cuanto al control e inspección de las Mutuas³⁶⁶.

³⁶² En realidad y habida cuenta de las competencias de control y vigilancia de la Administración sanitaria sobre los centros sanitarios sometidos en su apertura y funcionamiento a autorización administrativa. Vid. Decreto 51/2006, de 15 de junio, del Consejo de Gobierno, Regulador del Régimen Jurídico y Procedimiento de Autorización y Registro de Centros, Servicios y Establecimiento Sanitarios de la Comunidad de Madrid.

³⁶³ En términos similares se pronuncian otros Tribunales Superiores de Justicia, así las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de octubre de 2008 (recurso 1876/2008, 13 de febrero de 2009 (recurso 226/2005) y 8 de mayo de 2012 (recurso 548/2012) y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de mayo de 2014 (recurso 1116/2010).

³⁶⁴ *Op. cit.*, pág. 293.

³⁶⁵ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 4 de marzo de 2011 (recurso 924/2008) analiza un recurso interpuesto directamente contra una resolución de una Mutua de Accidentes de Trabajo que denegó la responsabilidad solicitada. El recurso se desestima al considerar que la actuación médica se ajustó a la *lex artis* pero no se plantea ningún problema respecto a la procedencia del recurso.

³⁶⁶ Así las sentencias de 27 de diciembre de 2012 (recurso 609/2010) y 1 de octubre de 2013 (recurso 205/2011) que aluden al traspaso de esa competencia por el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 31 de mayo de 2011 (recurso 375/2010).

A este respecto debe destacarse que la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid no contiene referencia alguna a las Mutuas ni siquiera en el artículo 17 al contemplar la salud laboral. Por ello, la actividad de la Comunidad de Madrid en materia de Mutuas queda reducida a lo dispuesto en el artículo 11 j) del Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad en el que, al recoger las competencias de la Dirección General de Ordenación e Inspección, menciona: “*La relación con las Mutuas colaboradoras en la gestión del sistema de Seguridad Social.*” Ciertamente no parece que una competencia tan genérica y carente de contenido permita declarar la responsabilidad de la Comunidad de Madrid por la asistencia sanitaria prestada por una Mutua basándose en una culpa *in vigilando*.

En todo caso, ha de recordarse de nuevo que el procedimiento administrativo es una garantía de los ciudadanos a la que la Constitución en su artículo 105 consagra una específica reserva de ley. Por tanto, no es correcto atribuir a la jurisdicción contenciosa el control jurisdiccional de la decisión de la Mutua sin que tal decisión se haya producido conforme a las reglas del procedimiento administrativo.

Puesto que las Mutuas prestan la asistencia sanitaria como colaboradoras del Sistema Nacional de Salud gestionado por las Comunidades Autónomas, es lógico que se apliquen las normas del procedimiento administrativo aplicable en cada Comunidad, es decir el procedimiento administrativo común dictado por el Estado al amparo del artículo 149.1.18ª de la CE con las especialidades introducidas por cada Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, por ejemplo, el dictamen preceptivo del órgano consultivo autonómico se exigirá conforme la normativa reguladora de dichos órganos.

No obstante, habría que replantearse la naturaleza de las Mutuas ya que se les atribuyen funciones propias de la Administración. En este sentido debemos destacar que la reforma de la LCSP por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó la definición del contrato de gestión de servicios públicos, de tal forma que dicho contrato (tradicionalmente reservado a las Administraciones) puede ser celebrado por las Mutuas pero se plantea el problema, como destaca MEDINA ARNAIZ³⁶⁷, de que las Mutuas no forman parte, conforme la normativa de contratos, de las Administraciones Públicas sino tan solo del sector público (artículo 3.1 g) del TRLCSP) y, por tanto, sus contratos son contratos privados

³⁶⁷ MEDINA ARNAIZ T, “La nueva definición del contrato de gestión de servicios públicos y sus consecuencias prácticas”, Observatorio *de la Contratación Pública*, www.obcp.es (27-09-2011).

(artículo 19 del TRLCSP), sometidos en las cuestiones derivadas de su ejecución al orden jurisdiccional civil (artículo 21 del TRLCSP)³⁶⁸.

A este respecto, SEMPERE NAVARRO³⁶⁹ considera que la singular interacción de factores iusprivatistas y iuspublicistas en las Mutuas se refleja en el artículo 68.7 de la LGSS (actual artículo 80.4 del TRLGSS de 2015) que establece que las Mutuas colaboradoras forman parte del sector público estatal de carácter administrativo sin perjuicio de la naturaleza privada de las mismas. Es más, incidiendo en la mencionada tutela de la Administración sobre las Mutuas, el citado precepto establece la necesidad de que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social apruebe los pliegos generales que han de regir la contratación de estas entidades³⁷⁰ así como las instrucciones de contratación para los supuestos de contratos no sujetos a regulación armonizada.

Llama la atención, una vez más, la especial atención que el legislador presta a la fase de preparación y adjudicación de los contratos en tanto que omite toda referencia a la ejecución de unos contratos que van a servir para prestar un servicio público que, además, en el presente caso tiene una expresa previsión constitucional.

Respecto de la ejecución, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha señalado en su Informe 34/11, de 17 de julio de 2012, que la contratación por parte de las Mutuas de la asistencia sanitaria constituye un “*peculiar tipo contractual*” en el que, respecto de su contenido y efectos, si bien no resultan de plena aplicación los preceptos del contrato de gestión de servicios públicos, el clausulado del contrato debe contener un régimen jurídico que se acomode a los rasgos definitorios de tal contrato si bien teniendo en cuenta la configuración subjetiva de las Mutuas y las facultades de la Administración que ejerce la tutela sobre las mismas.

Esa afirmación no deja de suscitar múltiples dudas. Resulta complicado afirmar que un contrato no debe seguir las reglas establecidas en la legislación de contratos públicos porque la contratante es una entidad privada y al mismo tiempo afirmar que la Administración ejerce la tutela sobre esa entidad y su contratación. Aparece así una muestra más de los peligros que,

³⁶⁸ También incluye las Mutuas en su ámbito de aplicación el artículo 2.1 b) de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

³⁶⁹ SEMPERE NAVARRO A V, “Estudio introductorio: Las Mutuas tras la Ley 35/2014: Una visión global”, en MANZANO BAYÁN P, ESCOLANO MARTÍNEZ D, CID BABARRO C, “Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora”, *op. cit.*, págs. 42-53.

³⁷⁰ El Informe de Fiscalización sobre la gestión y el control efectuados por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 26 de noviembre de 2015 critica el uso por parte de las Mutuas de la concertación mediante convenios con clínicas privadas

para la coherencia del ordenamiento jurídico, supone establecer diferentes conceptos de Administración Pública/sector público en leyes que, por muy sectoriales que sean, al final acaban interaccionando entre ellas.

Un caso similar es el de las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social³⁷¹. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid distinguió los casos en los que se trataba de empleados públicos de la Comunidad en los que admitió la posible responsabilidad de la misma³⁷² en tanto que rechazó la responsabilidad de la Comunidad por la asistencia prestada por las empresas a sus trabajadores³⁷³.

Respecto a las entidades colaboradoras el Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechazó con rotundidad en sus sentencias de 9 de mayo (recurso 691/2010) y 31 de octubre de 2012 (recurso 300/2010) la responsabilidad de la Comunidad de Madrid por la asistencia prestada por RTVE a uno de sus trabajadores si bien conviene recordar que, anteriormente, en su sentencia de 22 de febrero de 2007 (recurso 1842/2002) confirmada en casación por el Tribunal Supremo por sentencia de 19 de mayo de 2011 (recurso 1836/2007) estableció la responsabilidad por la deficiente asistencia prestada a un empleado del BBVA por su colaboradora, afirmando el Tribunal Supremo que la Comunidad de Madrid era “*responsable en último término del servicio que se prestaba por la Entidad Colaboradora*”³⁷⁴.

En cambio, la citada sentencia de 31 de octubre de 2012 rechaza la responsabilidad de la Comunidad de Madrid al no haber intervenido en la prestación de asistencia sanitaria por parte de RTVE a su empleado con argumentos similares a los utilizados en el Dictamen 618/11 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Lo insatisfactorio de esta situación llevó al Consejo de Estado a analizar el problema de la responsabilidad patrimonial de las Mutuas en sus Memorias de los años 2012-2013³⁷⁵.

Para el Consejo de Estado la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC dictada con el fin de evitar el “*peregrinaje de jurisdicciones*” determinó que, tanto la jurisprudencia como el

³⁷¹ La Ley 2/2008, de 23 de diciembre, suprimió el apartado b) del artículo 77.1 del TRLGSS que aludía a la colaboración de estas entidades en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, teniendo derecho a percibir por ello una participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias, que se determinaba por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

³⁷² Dictámenes 170/09, de 1 de abril y 300/10, de 22 de septiembre.

³⁷³ Dictamen 242/08, de 17 de diciembre.

³⁷⁴ La sentencia llega a aludir a que el reclamante tenía una tarjeta sanitaria lo cual es un argumento un tanto escaso para establecer una relación de causalidad entre el daño y la Administración sanitaria.

³⁷⁵ Consejo de Estado, “*Memorias de los años 2012 y 2013*”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, págs. 260-263.

propio Consejo, entendiesen que la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada por las Mutuas era la contencioso-administrativa en una evidente “*administrativización*” de la cuestión por más que las Mutuas tuvieran naturaleza privada.

No obstante, el propio Consejo considera que, pese a esa interpretación jurisprudencial, el marco normativo aplicable a las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la asistencia sanitaria prestada por las Mutuas presentaba claras “*insuficiencias*” por lo que proponía dos posibles líneas de reforma, bien profundizar en la administrativización de las Mutuas o bien atribuir estas cuestiones a la jurisdicción civil habida cuenta de la naturaleza privada de las Mutuas.

La primera de las posturas supondría profundizar en la línea marcada por la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC e implicaría el que las Mutuas deberían tramitar los procedimientos de responsabilidad patrimonial ³⁷⁶, considerando el Consejo que en los mismos “*debe estarse en la medida de lo posible a lo establecido en la Ley 30/1992*” y, lógicamente, la competencia jurisdiccional correspondería a los tribunales contencioso-administrativos.

La segunda vía de reforma estribaría en establecer la competencia de la jurisdicción civil partiendo de la naturaleza privada de las Mutuas y de la relación contractual que las une

³⁷⁶ Un examen de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa relativas a reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada de asistencia sanitaria prestada por las Mutuas permite comprobar que estas no resuelven de tal manera que se recurre la desestimación presunta de la solicitud. En algunos casos la representación procesal de la Mutua rechaza que deba tramitar expediente alguno puesto que no son Administración pública conforme el artículo 2 de la LRJ-PAC por lo que la reclamación debía haberse presentado ante el órgano administrativo correspondiente. Así se recoge en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de marzo de 2014 (recurso 547/2011) en la que se recoge que la mutua alegó que: “*Abundando en lo expuesto, sostiene que siendo evidente que puede demandarse en vía contencioso-administrativa a las Mutuas de accidente de trabajo como colaboradoras que son del sistema público de salud, pero siempre que la reclamación previa se haya formulado ante el órgano administrativo competente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con cuyo servicio está concertada la Mutua aquí demandada.*”

La sentencia rechaza esa excepción procesal citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad patrimonial de las Mutuas a lo que añade el que “*(...) no puede ahora, la aquí demandada, oponer válidamente la inexistencia de acto administrativo resolutorio de la reclamación patrimonial instada, escudándose en la circunstancias de que la misma fue dirigida por el recurrente directamente a la propia Mutua y su falta de competencia para su resolución, y ello por cuanto que si estimaba necesaria la intervención de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid debió de habérselo comunicado así al reclamante o, en su caso, haber procedido a reenviar la reclamación patrimonial a la Consejería de Sanidad para su tramitación y resolución. Ninguna actuación realizó en tal sentido por lo que ahora, en la vía jurisdiccional que nos ocupa, no puede argumentar la ausencia de un acto administrativo previo cuando ello se debió a su sola inactividad.*”

De admitirse la tesis sustentada por la entidad demandada, ésta obtendría una ventaja derivada de su propia inactividad, lo que de por sí va en contra de las más elementales exigencias derivadas de la buena fe (artículo 7 del Código Civil).”

Se comprueba una vez más que las deficiencias normativas sobre la vía adecuada para reclamar la responsabilidad derivada de la prestación de servicios públicos por medio de sujetos de sujetos privados son aprovechadas por los responsables para tratar de eludir su responsabilidad bordeando la mala fe.

con las empresas y los trabajadores a los que se presta la asistencia, pudiendo coadyuvar a esa interpretación el que la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC no mencione expresamente a las Mutuas pero, en ese caso, considera el Alto órgano consultivo que debería reformarse esa disposición.

En todo caso considera el Consejo que deberían clarificarse en el ordenamiento jurídico los límites de las competencias de las Administraciones tanto estatal, como autonómicas y de las propias Mutuas “(...) *en línea con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado*”.

Pese a esas sugerencias del Consejo de Estado, el estado de cosas en cuanto a la responsabilidad derivada de la actuación de las Mutuas ha sufrido un cambio radical con la modificación de su régimen jurídico llevada a cabo por la Ley 35/2014 que opta por romper con los antecedentes jurisprudenciales que configuraban la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada por las Mutuas como una modalidad de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud por lo que resultaba de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC –criterio constante en la doctrina del Consejo de Estado–, dando la Ley 35/2014 nueva redacción al artículo 68 de la Ley General de Seguridad Social (actual artículo 80 del Texto Refundido de 2015) en cuyo apartado 4 se establece que “*Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.*”

Se produce así una ruptura de la atribución a favor de la jurisdicción contencioso administrativa de las cuestiones relativas a la prestación de asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud atribuyendo, por el contrario, el conocimiento de estas demandas a la jurisdicción social en una clara línea de continuidad con lo establecido en el artículo 2 e) de la LRJS respecto de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a la Administración derivadas del incumplimiento de la legislación de riesgos laborales.

Esta atribución, que ya figuraba en el proyecto de ley presentado en el Congreso de los Diputados, no suscitó debate alguno en la tramitación parlamentaria de la Ley 35/2014 a diferencia de las intensas discusiones sobre el control de la Administración General del Estado en materia de Mutuas que desembocaron en la atribución al Ministerio de Empleo y Seguridad Social la “*dirección y tutela sobre las Mutuas colaboradoras*” pudiendo los empresarios asociados, sus trabajadores y los trabajadores por cuenta propia adheridos

dirigirse al Ministerio y formular quejas y peticiones con motivo de las deficiencias que aprecien en el desarrollo de las funciones atribuidas. La regulación es un tanto deficiente por cuanto establece que *“En cualquiera de los casos, la Mutua dará contestación directamente a las quejas y reclamaciones que reciba y deberá comunicar éstas junto con la respuesta dada al órgano de dirección y tutela.”* Se abren así diversos interrogantes puesto que, si la queja se refiere a la prestación de asistencia sanitaria y es respondida por el Ministerio ¿la decisión es impugnabile ante la jurisdicción contenciosa o ante la social?, ¿puede el Ministerio estimar la queja y obligar a la Mutua a indemnizar por una indebida prestación de asistencia sanitaria?, ¿en este último supuesto qué ocurre si la asistencia ha sido prestada por una entidad privada en virtud de un contrato de gestión de servicio público suscrito con la Mutua?.

Esta ruptura resulta especialmente inquietante si se tiene en cuenta que la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC no tiene ningún precepto equivalente ni en las LPACAP ni en la LRJSP, abriéndose así la puerta a una reedición del debate sobre la jurisdicción competente respecto de la prestación de asistencia sanitaria.

No obstante, la nueva atribución jurisdiccional ha recibido críticas positivas en la doctrina laboralista y así para MERCADER UGUINA³⁷⁷ la norma persigue *“(…) residenciar en el orden jurisdiccional especializado la materia e identificar a los titulares y legitimados superando las incertidumbres existentes”*. De igual forma LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ³⁷⁸ consideran que la reforma de la Ley 34/2015 configura de forma clara la actividad de las Mutuas colaboradoras dentro de la protección de las contingencias profesionales de la Seguridad Social por lo que ha de revisarse la tesis jurisprudencial que encuadraba esta prestación dentro del Sistema Nacional de Salud, suponiendo la redacción introducida por la Ley 35/2014 una consecuencia lógica de la atribución de todas las cuestiones relativas a las prestaciones de la Seguridad Social a la Jurisdicción Social por la LRJS, de tal forma que concluyen *“(…) que se ha producido un claro giro en la competencia jurisdiccional en relación con la interpretación jurisprudencial precedente”*.

SEMPERE NAVARRO³⁷⁹ considera que en la nueva regulación ha prevalecido la contemplación de la materia sobre la que actúa y la tendencia unitaria que recoge a este respecto, citando a estos efectos el artículo 2) de la LRJS, pero a continuación y de forma un tanto contradictoria cita el artículo 3 f) y g) de dicha Ley en cuanto supuestos excluidos de la jurisdicción social para acabar afirmando que las reclamaciones por asistencia sanitaria

³⁷⁷ MERCADER UGUINA, op. cit.

³⁷⁸ LÓPEZ GANDÍA J, TOSCANI GIMÉNEZ D, op.cit., págs. 33-35.

³⁷⁹ SEMPERE NAVARRO A V, op.cit. , págs. 76-78.

deficiente por más que las Mutuas sean sujetos privados en cuanto que la asistencia sanitaria que prestan se engloba dentro del Sistema Nacional de Salud como un servicio público, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

8.2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN EL MARCO DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO. EL CASO DE “MUFACE”.

En la Constitución de 1978 la función pública únicamente se contempla en el artículo 23, en cuanto configura como un derecho fundamental el acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y en el artículo 103.3 estableciendo "*La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*"

La Constitución no establece que la seguridad social de los funcionarios deba tener un régimen diferente de la del resto de los ciudadanos, sin que, en modo alguno, la referencia genérica al estatuto de la función pública pueda avalar esa regulación diferenciada. Ahora bien, lo cierto es que, por motivos históricos, la seguridad social de los funcionarios ha tenido una regulación y características propias, diferentes de la del resto de trabajadores.

No obstante, en ocasiones se ha cuestionado el que en la actualidad los funcionarios precisen de un régimen especial de seguridad social. Así RODRÍGUEZ CARDO³⁸⁰ considera que, si bien es lógico que el personal militar disponga de un régimen especial, sería más adecuado que se unificase con el de los demás sectores del mutualismo funcional, aun cuando "(...) *no parece que la intención del legislador consista en alterar la estructura actual de la protección social de los funcionarios públicos.*" En realidad, si bien es cierto que el personal militar presenta características específicas que pueden aconsejar un régimen especial de Seguridad Social, no puede decirse lo mismo de los funcionarios civiles, máxime si lo limitamos a los de la Administración General del Estado.

Los sistemas de protección social de los funcionarios nacieron en el siglo XVIII bajo la forma de montepíos de militares que fueron absorbidos por el Estado en el siglo XIX

³⁸⁰ RODRÍGUEZ CARDO I A, "El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Una visión panorámica del mutualismo militar", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 35-56.

asumiendo este el pago de las pensiones por retiro, anticipándose así a la creación del retiro obrero en 1919³⁸¹.

El establecimiento de un sistema general de Seguridad Social en España arranca de la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social, que recogía dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social a los funcionarios (Base 2ª) pero al mismo tiempo los configuraba como una de "*aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos*" se hacía preciso establecer regímenes especiales (Base 3ª).

Como tal régimen especial pasó al Texto Articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, al posterior Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo y al actual artículo 10.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

De esta manera, los funcionarios públicos (con las excepciones que más adelante indicaremos) se configuraban como un régimen especial, regulado en la actualidad en el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, estableciendo en su artículo 2 como mecanismos de cobertura, de un lado, el régimen de clases pasivas que garantiza la protección del Estado frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte y supervivencia, regulado en el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril³⁸² y, de otro, el mutualismo administrativo gestionado por la Mutualidad de Funcionarios de la Administración General del Estado (MUFACE), organismo público regulado en el artículo 5 TRLSSFCE, dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y desarrollado en el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Ha de destacarse que este régimen de Seguridad Social no se aplica a la totalidad de los funcionarios sino exclusivamente a los incluidos en el ámbito de aplicación contemplado en el artículo 3.1 TRLSSFCE, esto es, los funcionarios de la Administración Civil del Estado y funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos de la Administración del Estado, en tanto que el apartado 2 del artículo excluye expresamente a los funcionarios de

³⁸¹ DOLZ LAGO M-J, "Hacia el fin del sistema de clases pasivas: Los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de los funcionarios públicos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011, págs. 121-145. De este mismo autor "El régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

³⁸² El artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010 de 3 de diciembre, procede a incluir en el régimen general de la Seguridad Social al personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

Comunidades Autónomas (menos a los transferidos a las mismas), Administración Local, organismos autónomos, Administración Militar³⁸³, Administración de Justicia³⁸⁴, Administración de la Seguridad Social y personal de Administración y Servicios de las Universidades.

Establecido este, complejo y un tanto extraño, sistema de seguridad social articulado exclusivamente para los funcionarios de la Administración General del Estado, pasamos a exponer las peculiaridades de la atención sanitaria prestada a los funcionarios y las consecuencias que ese régimen conlleva a la hora de exigir responsabilidad como consecuencia de la misma.

8.2.1. La prestación de la asistencia sanitaria a los funcionarios de la Administración General del Estado.

El artículo 11 TRLSSFCE recoge dentro de las contingencias protegidas la prestación de la asistencia sanitaria. A su vez los artículos 13 a 17 desarrollan la prestación de asistencia sanitaria, destacando, en lo que nos interesa, el artículo 17 que establece "*1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. 2. La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que se establezcan en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo*".³⁸⁵

³⁸³ Los funcionarios de la Administración militar se rigen por el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio y el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

³⁸⁴ A su vez los funcionarios de la Administración de Justicia se rigen por lo dispuesto en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio y el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial

³⁸⁵ A su vez, el artículo 77 RMA establece "*1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. Cuando la asistencia se facilite mediante concierto, los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del período que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia. 2. Los conciertos estipularán los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como las modalidades, forma, condiciones de la asistencia y las causas por las que esta se prestará a los beneficiarios con derecho a ella.*"

En el régimen general de la Seguridad Social, el artículo 114 TRLGSS también recoge la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora pero no desarrolla esa prestación sino que ha de acudirse a la normativa sanitaria.

Ello es debido a que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, universalizó la asistencia sanitaria al establecer en su artículo 1.2 *"Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional."*

La disposición adicional 6ª de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública³⁸⁶ consagró la universalización de la asistencia respecto a *"(...) todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico."*

A su vez, el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (redactado por Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril) establece que el campo de aplicación de la asistencia sanitaria que presta el Sistema Nacional de Salud estableciendo –apartado 6– que: *Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico.*

A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente."

Dicho precepto legal, redactado por el mencionado Real Decreto-ley 16/2012 dictado, como recuerda su preámbulo, en el marco de una profunda crisis económica que hace preciso racionalizar las prestaciones del Sistema Nacional de Salud y, en concreto, regular la condición de asegurado, exime, sin embargo, del régimen general (y en definitiva del desarrollo que en ese punto hace la Ley del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 de la CE) a las personas titulares beneficiarias encuadradas en los regímenes especiales

³⁸⁶ BELTRÁN AGUIRRE, J L, "La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2012.

gestionados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS, exención desarrollada en la disposición adicional 7ª del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

De esta forma, existen dos regímenes de prestación de la asistencia sanitaria. De un lado, el general aplicable a todas las personas que tienen la condición de asegurado (o beneficiario) en el que la asistencia sanitaria se presta por el Sistema Nacional de Salud y la situación, calificada por la propia Ley como “*régimen jurídico específico*” de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las citadas entidades.

La principal especialidad de esos regímenes es que las personas incluidas en su ámbito de aplicación pueden optar por recibir la asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud o mediante los centros privados concertados con esas entidades³⁸⁷ (artículo 77 del RMA), por lo que pasamos a analizar es la naturaleza jurídica de esos conciertos.

8.2.2. La normativa de contratación pública. De nuevo otra peculiaridad del sistema de mutualismo administrativo.

El artículo 17.1 del TRLSSFCE establece que la asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

No hay duda que las relaciones contractuales de MUFACE, en cuanto organismo autónomo, se han de someter en su integridad a las previsiones de la legislación de contratos del sector público pero esta afirmación general ha de matizarse al analizar las peculiaridades del contrato de gestión de servicios públicos. Conviene recordar que el contrato de gestión de servicios públicos tradicionalmente ha quedado excluido de las directivas europeas de contratación pública por las dificultades de la armonización de una materia en la que los ordenamientos jurídicos europeos presentaban grandes diferencias causadas por el discutido concepto de servicio público, motivo por el que el nuevo anteproyecto de ley de contratos suprime esa modalidad contractual³⁸⁸.

³⁸⁷ Opción que ha planteado una controversia competencial entre la Administración General del Estado y la Generalidad Valenciana respecto a la financiación de la asistencia prestada por los funcionarios que optan por los servicios sanitarios autonómicos, vid. STC 136/2012, de 19 de junio.

³⁸⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F L, “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, abril 2016.

Los conciertos de prestación de asistencia sanitaria celebrados por los servicios sanitarios públicos ya tenían la consideración de contratos de gestión de servicios públicos, como recordó el Informe 37/1995, de 24 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que destaca que, desde la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social están sujetas a la legislación de contratos y que, las referencias de leyes como la Ley General de Sanidad o la legislación de Seguridad Social a la posibilidad de realizar conciertos no puede significar algo distinto (por ejemplo la realización de convenios) sino que ha de entenderse como una específica remisión a la normativa del contrato de gestión de servicios públicos, una de cuyas modalidades de contratación es el concierto –artículo 277 del TRLCSP–.

La disposición adicional 20ª del TRLCSP establece que los conciertos que celebren MUFACE e ISFAS³⁸⁹ para la prestación de asistencia sanitaria tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicios públicos y se regirán por su normativa específica y, en todo lo no previsto en la misma, por la normativa de contratos del sector público.

De esta forma el concierto actualmente vigente es el publicado por Resolución de 16 de diciembre de 2015, de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado.³⁹⁰

A los efectos del presente trabajo interesa destacar el contenido de la cláusula 7.2 "*Naturaleza y régimen de las relaciones asistenciales*":

" 7.2.1 El presente concierto no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al concierto.

7.2.2 Consecuentemente, son también ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del concierto y se configuran como relaciones autónomas entre las partes:

a) Las relaciones de los mutualistas y beneficiarios con los facultativos de la entidad por causa que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de dichos facultativos.

b) Las relaciones de los mutualistas y beneficiarios con los centros de la entidad propios o concertados, por causa de la actividad asistencial de dichos medios o del funcionamiento de sus instalaciones o por motivo que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio

³⁸⁹ En el caso de MUGEJU no se incluye en el apartado 1º sino en el 2º que alude a los “conciertos” que pueda suscribir. El contenido del apartado 1º y la propia definición del contrato de gestión de servicios públicos contenida en el artículo 8 TRLCSP hacen que esos “conciertos” no puedan sino calificarse como verdaderos contratos de gestión de servicios públicos.

³⁹⁰ B.O.E. núm. 303, de 19 de diciembre de 2015.

profesional de los facultativos que, bajo cualquier título, desarrollen actividad en dichos centros.

Las relaciones mencionadas en las letras a) y b) de la presente cláusula seguirán siendo ajenas a los fines del concierto aun cuando, en virtud de las vinculaciones existentes entre los facultativos y centros y la entidad, puedan generar efectos directos o subsidiarios sobre estas.

7.2.3 Las relaciones mencionadas en la cláusula precedente tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción ordinaria civil, o, en su caso, de la penal”.

La cláusula 7.4 establece un procedimiento para sustanciar las reclamaciones de los mutualistas frente a MUFACE (un tanto sorprendente porque las relaciones de los funcionarios con MUFACE deben regirse por las normas de procedimiento administrativo sujetas al principio de reserva de ley del artículo 105 CE y sin que el clausulado del concierto pueda afectar a personas que no forman parte del contrato) pero añade que *"No será utilizable esta vía administrativa para reclamaciones sobre cuestiones referentes a las relaciones mencionadas en la cláusula 7.2. En caso de plantearse, se contestará al interesado que, por razón de incompetencia de MUFACE, no resulta posible resolver sobre el fondo de la reclamación, con indicación de que puede actuarse, si se estima oportuno, frente a los facultativos, centros o, si procede, la propia entidad, en la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda según la naturaleza de los hechos"*

Esa cláusula contractual que, en realidad, supone una exención de responsabilidad de MUFACE respecto de las reclamaciones de responsabilidad por actos realizados por las empresas concertadas, nos lleva a analizar la responsabilidad derivada de la prestación de asistencia sanitaria a los funcionarios encuadrados en este régimen especial de Seguridad Social.

8.2.3. La responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada a los funcionarios públicos.

No hay duda respecto a que uno de los principales campos en los que se plantean reclamaciones de responsabilidad es el de la atención sanitaria³⁹¹.

³⁹¹ Ámbito en el que la Administración debe extremar la eficacia en gestión. Vid. CALVO SANCHEZ M D, “Patrón de conducta exigible a una Buena Administración Pública Sanitaria”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, diciembre 2014, págs. 53-70.

El constante incremento de las actuaciones médicas y el cada vez mayor nivel de exigencia han llevado a una judicialización de la práctica médica que hace que en los Estados Unidos, en el año 2010, los seguros de responsabilidad médica hayan alcanzado la suma de 10 billones de dólares, lo que representa un incremento del 10.000 % respecto al año 1960³⁹².

Como se ha expuesto, en nuestro derecho las reclamaciones de responsabilidad sanitaria al Sistema Nacional de Salud se unificaron jurisdiccionalmente en los tribunales contenciosos administrativos con la LJCA, atribución que culminó, debido a la importante resistencia que esa unificación encontró en otros órdenes jurisdiccionales con la modificación del artículo 9 de la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre³⁹³.

Establecida esa unidad jurisdiccional resultaba necesario clarificar en el ámbito sanitario la exigencia de responsabilidad como consecuencia del nuevo modelo de Sistema Nacional de Salud con las competencias de gestión atribuidas a las Comunidades Autónomas, en el que, además, intervienen sujetos privados que prestan la asistencia sanitaria en virtud de algún negocio jurídico.

De esta forma la Ley 4/1999, de 13 de enero introdujo en la LRJ-PAC la disposición adicional 12ª, según la cual: "*La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.*"

La finalidad de la norma es clara, asegurar la tramitación de las reclamaciones patrimoniales sanitarias conforme lo establecido en la legislación de procedimiento administrativo y atribuir su conocimiento a la jurisdicción contenciosa y ello con independencia de que se haya prestado, bien por órganos estatales, bien autonómicos o que lo haya sido por centros de titularidad pública o "*concertados*".

Este precepto, junto a la unificación jurisdiccional lograda con la modificación de la LOPJ, contribuyó a simplificar el régimen de exigencia de la responsabilidad patrimonial de

³⁹² ABRAHAM K, "*The forms and functions of Tort Law*", Foundation Press, New York, 2012, pág.81.

³⁹³ Unificación que quedó en peligro tras la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial que suprimió por error los párrafos que recogían la unificación jurisdiccional, error corregido por la disposición final 1ª de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible.

la Administración sanitaria, ya que como señala GONZÁLEZ RIVAS³⁹⁴ *"...la nueva disposición adicional duodécima pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de estos procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo"*.

Prueba de esa eficacia práctica es que los órganos jurisdiccionales sociales y civiles aceptaron rápidamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, pudiendo destacarse por su rotundidad la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 26 de marzo de 2001 *"Bien puede decirse por ello que esta disposición adicional duodécima cierra y pone punto final al grave problema de la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden jurisdiccional competente en los daños producidos en la asistencia sanitaria pública."*

Tras la publicación de la Ley 4/1999 y la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, la atribución jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración al orden jurisdiccional contencioso administrativo resultaba clara en el plano legislativo si bien existían, en la práctica, algunos puntos dudosos.

Conforme lo dispuesto en el artículo 9.4 de la LOPJ la jurisdicción contenciosa es competente para conocer de todas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración y del personal a su servicio independientemente de la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive y aunque a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados o se accione contra la aseguradora de la Administración.

Como se ha expuesto anteriormente, MUFACE presta la asistencia sanitaria de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración General del Estado. Esa asistencia se lleva a cabo bien mediante convenio con los servicios sanitarios públicos, bien mediante concierto con aseguradoras privadas.

Se plantea, una vez más, quien responde en las frecuentes reclamaciones de responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada.

Una solución sería aplicar directamente el concierto de MUFACE con las aseguradoras que, como hemos indicado, se limita a señalar que no procede tal reclamación y que el mutualista deberá reclamar contra quien considere procedente pero esa solución no procede, no solo porque es claramente atentatoria de los principios de seguridad jurídica y

³⁹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J, GONZÁLEZ NAVARRO, F, GONZÁLEZ RIVAS, J J , *"Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero"*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 575.

responsabilidad que deben presidir la actuación administrativa conforme el artículo 9.3 de la CE, sino, además, porque dicho concierto no deja de ser una relación contractual bilateral entre MUFACE y las aseguradoras, sin tener el carácter de norma jurídica (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 (recurso 4786/1995)).

El Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de mayo de 2007 (recurso 7767/2003) consideró que procedía declarar la responsabilidad de MUFACE por un daño causado en una asistencia sanitaria derivada del concierto ya que la existencia del concierto no excluye la posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Entiende la Sala que “(...) *el art. 45 de la Ley General de Sanidad establece que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en esa Ley son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud y por tanto en él debe entenderse incluida MUFACE*”.

A la luz de esta sentencia podría pensarse que la cuestión es pacífica y que los beneficiarios de MUFACE tienen las mismas garantías que los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud que sufren un daño derivado de la asistencia en una clínica concertada, los cuales dirigen sus reclamación al servicio público de salud competente para que las tramite con arreglo a las normas de procedimiento administrativo aplicables (LRJ-PAC y RPRP), de tal forma que, contra la resolución que ponga fin al procedimiento (o, en su caso, desestimación presunta), disponen de la garantía jurisdiccional contencioso administrativa en la cual constaran como demandados la Administración, la clínica concertada y sus eventuales aseguradoras.

Sin embargo no ha sido este el criterio mantenido por la Audiencia Nacional que, como recuerda BLASCO LAHOZ³⁹⁵, ha venido manteniendo que la elección por el mutualista de la concreta entidad que ha de prestar la asistencia sanitaria de entre las concertadas con la Administración (ya sea MUFACE o el ISFAS) conlleva la exoneración de esta por los daños que pueda producir la actuación del contratista puesto que la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación.

En concreto, la Audiencia Nacional en la sentencia de 25 de marzo de 2009 (recurso 565/2007) consideró, que la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC debía entenderse superada por la promulgación de la LCSP cuya

³⁹⁵ BLASCO LAHOZ J F. “La protección de asistencia sanitaria, incapacidad temporal e inutilidad en el ámbito de la Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, julio-diciembre 2014, págs. 129-205.

disposición adicional 23ª establecía que los conciertos de asistencia sanitaria celebrados por MUFACE tenían la naturaleza de contratos de gestión de servicio público, por lo que resultaba de aplicación la normativa de contratación administrativa que, tradicionalmente, viene estableciendo que es obligación del contratista indemnizar por los daños sufridos por terceros derivados de la ejecución del contrato salvo que su producción se deba a causas imputables a la Administración³⁹⁶.

Recurrida en casación, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011 (recurso 443/2009) casa la de la Audiencia al entender que la LCSP no era aplicable al supuesto enjuiciado al ser los hechos anteriores a su entrada en vigor.

La sentencia reconoce que, no siendo posible aplicar la LCSP, la doctrina de la sentencia recurrida entra en contradicción con la jurisprudencia de la Sala pero cierra en falso (aunque ofrece algunas señales al tribunal sentenciador) el problema ya que concluye que puesto que la sentencia desestimó el recurso aplicando retroactivamente la Disposición Adicional vigésimo tercera de la LCSP, en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo sobre irretroactividad de las normas, la motivación contenida en la sentencia para cambiar de criterio en relación con la responsabilidad de la Administración cuando existe un concierto con una entidad privada en materia de asistencia sanitaria, resulta irrazonable. Ahora bien, considera que, al tratarse de un recurso de casación en unificación de doctrina y teniendo en cuenta, además, la cuantía del recurso contencioso, ha de devolverse la causa al tribunal de instancia.

Al comentar esta sentencia, ALONSO MÁS y NARBÓN LAINEZ consideran que la citada disposición adicional de la LCSP no debe ser obstáculo para el mantenimiento de la doctrina del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007 que consideran correcta. Se plantean qué sentido tendría excluir del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas precisamente por funcionarios públicos³⁹⁷.

³⁹⁶ Este mismo criterio se recoge en los dictámenes del Consejo de Estado, así los dictámenes 1094/2012, de 8 de noviembre, 880/2012, de 11 de octubre y 876/2012, de 20 de septiembre si bien en algunos dictámenes, como este último, indica que “*El interesado podrá, además de interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la resolución de MUFACE por la que se desestime la reclamación formulada, accionar, al tiempo, contra la entidad aseguradora y los centros hospitalarios y los facultativos que prestaron la asistencia sanitaria -conforme a las normas de derecho privado que resulten aplicables- de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”.

³⁹⁷ *Op. cit.* págs.233-235 y 294.

Recibidas las actuaciones de nuevo en la Audiencia, esta, significativamente³⁹⁸, acuerda la práctica de una prueba pericial como diligencia final, dictándose nueva sentencia el 5 de diciembre de 2012.

En la nueva sentencia la Audiencia comienza con una autojustificación de su anterior decisión. Señala que, en la sentencia casada, no hizo una aplicación retroactiva de la LCSP sino que, puesto que esa Ley ya recogía una regla que se deducía de la legislación anterior, en realidad retomaba los argumentos que había manejado la Sección en sentencias anteriores "*rechazados por el Alto Tribunal pero asumidos por el legislador*".

Tras esta supuesta contraposición entre lo establecido por el legislador y las conclusiones del Tribunal Supremo, considera la Audiencia que, puesto que la sentencia de casación considera que la motivación de la sentencia recurrida "*resulta irrazonable*", ha de entrar en el fondo del asunto.

A tal efecto, tras partir de un presupuesto lógico y es que ha de tratar todas las cuestiones planteadas en el litigio y no solo lo que sería el fondo del asunto (la existencia de mala praxis generadora de responsabilidad), la Sala analiza la alegación de ASISA (entidad concertada con MUFACE) de falta de legitimación pasiva.

La sentencia establece una premisa, cuando menos discutible, y es que la posibilidad que establece el artículo 9.4 LOPJ en cuanto a que los particulares puedan ser demandados ante la jurisdicción contenciosa no conduce a que queden sujetos a las normas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sino que continúan sujetos a los artículos 1902 y siguientes del CC, sin que exista una comunicación automática a esos sujetos privados de la responsabilidad en que haya podido incurrir la Administración y viceversa, pues tiene que individualizarse en función de la actuación que cada uno haya realizado y analizarse sobre la base de los preceptos aplicables en los distintos casos. A ello se suma el que no se pueda condenar en el proceso a aquellos contra quienes no se haya dirigido la acción por más que hayan intervenido en el litigio como codemandados.

Llama la atención el que la Sala, a diferencia de la anterior sentencia, omita cualquier género de referencia a la normativa de contratos anterior a la inaplicable LCSP. Es evidente que la relación de MUFACE con las aseguradoras concertadas es un contrato de gestión de servicios públicos, tanto antes como después de la LCSP, y, por ello, le sería de aplicación la espinosa cuestión de los daños ocasionados por los contratistas y concesionarios. Por el

³⁹⁸ La tramitación del procedimiento administrativo por MUFACE orientada únicamente a excluir su responsabilidad hacía que en el expediente no hubiera elementos de juicio sobre el fondo del asunto.

contrario, la Sala se limita a la mencionada autojustificación y opta por no aplicar la normativa de contratos.

La sentencia establece como un axioma el que los particulares no están sujetos a las normas de la responsabilidad administrativa olvidando el que nos encontramos ante un servicio público asumido por una Administración Pública y gestionado a través de una empresa concertada. No parece lógico que un mismo servicio público como es el sanitario, con la relevancia constitucional que hemos indicado, tenga dos regímenes distintos a la hora de resarcir los daños que haya podido causar a los ciudadanos en función de si se presta de forma directa o de forma indirecta mediante contrato.

Es cierto que la normativa de contratos prevé que los contratistas de la Administración resarcirán los daños causados en la ejecución del contrato salvo que sean debidos a órdenes de la Administración pero esa referencia deriva del tradicional desarrollo de la normativa de contratación pública sobre la base del contrato de obras, en el que es lógico establecer la responsabilidad del contratista con esos criterios.

En cualquier caso, la sentencia concluye afirmando la responsabilidad de la aseguradora sobre la base del artículo 1903 del CC (*culpa in eligendo*) ya que fue la aseguradora la que incluyó a los facultativos en su cuadro médico.

Por ello entiende la Sala que: *“En suma, es perfectamente factible en el presente proceso contencioso-administrativo condenar al abono de una indemnización a la entidad que ha concertado con la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, ya que la acción se ha dirigido contra ella, pero siempre y cuando se acredite la actuación negligente de los facultativos o de los centros sanitarios pertenecientes a su cuadro médico, a los que acudió el mutualista recurrente, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderle o de la obligación de resarcimiento que incumba a entidades aseguradoras de posibles responsabilidades profesionales.”*

Acierta en ese punto la Audiencia, pero, para que el orden contencioso conozca de la reclamación, es preciso que haya un procedimiento administrativo previo. El problema estriba en si en ese procedimiento la Administración puede limitarse a determinar su ausencia de responsabilidad o si también puede declarar la responsabilidad del contratista.

En todo caso, las contradicciones internas de la sentencia se muestran cuando, después de haber afirmado que la responsabilidad de las entidades concertadas se rige por las normas civiles, al entrar en el fondo del asunto (F.J. 5º) comienza por la cita del artículo 139 de la

LRJ-PAC y afirma que *"No se trata, por consiguiente, de una responsabilidad por culpa o por negligencia, sino de carácter objetivo, que surge al margen de la conducta desplegada por el autor del daño, pero siempre que ese daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluso cuando tal funcionamiento es normal. A este respecto, en los supuestos en los que la responsabilidad se sitúa en el ámbito sanitario se ha hecho necesario fijar un criterio para diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado lesivo es imputable a la actividad administrativa de aquellos en los que es consecuencia de la evolución natural de la enfermedad o de la imposibilidad de garantizar la salud en términos absolutos.*

Este criterio es el de la lex artis, que responde a la idea de que la Administración y sus agentes a lo que están obligados es a que la asistencia sanitaria que se preste sea la correcta y la adecuada en atención a las circunstancias de espacio y de tiempo concurrentes, pero no impone una determinada asistencia ni la obtención del resultado favorable en todo caso. Mediante este criterio se ha de valorar la corrección de los actos médicos y la observancia por el profesional del deber de actuar con arreglo a la diligencia debida."

Es decir, tras entender aplicable la normativa civil basada en la responsabilidad por culpa, la Sala aplica los preceptos de la responsabilidad patrimonial entendiendo que es una responsabilidad objetiva pero que, en el ámbito sanitario, dicha responsabilidad se traduce en la aplicación de la *lex artis*³⁹⁹, que no es sino el actuar con arreglo a la diligencia debida⁴⁰⁰.

Se produce así la paradoja de volver a aplicar criterios civiles, ya que, si acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2006 (recurso 2626/1999), el presupuesto de la responsabilidad civil por actos médicos es idéntico, ya que, como afirma la sentencia, *"(...) es lo cierto que un defectuoso diagnóstico o error médico no es por si mismo causa de responsabilidad si se acredita que se emplearon los medios ordinarios y se actuó con la debida diligencia para cerciorarse del diagnóstico."*

En todo caso, lo destacable de la sentencia es que no aclara el sistema de responsabilidad de MUFACE. De la misma parece extraerse que hay que plantear la reclamación ante MUFACE y, en caso de desestimación, demandar ante el orden jurisdiccional a los prestadores de la asistencia sanitaria pero no concreta si MUFACE podría declarar la responsabilidad y posteriormente repetir contra el prestador de esa asistencia como

³⁹⁹ La sentencia de la Audiencia concluye considerando que no existió infracción de la *lex artis* por lo que desestima el recurso interpuesto.

⁴⁰⁰ MEDINA ALCOZ, L, *Op. cit.*

reconoce cierta jurisprudencia en casos de responsabilidad por actos de contratistas y concesionarios⁴⁰¹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 (recurso 6157/2011) vuelve a incidir que no se puede aplicar retroactivamente la LCSP, pero añade que “(...) resulta irrazonable que se aplique dicha irretroactividad en contradicción con la doctrina de esta Sala y se pretenda exonerar a la administración en los casos en que la asistencia sanitaria viene concertada con una entidad privada sin que exista sustento legal sólido para ello. Lo cierto es que no pueden oponerse –a tercero– las cláusulas del concierto que haya suscrito la administración con el prestamista de la asistencia sanitaria cuando quien recibe el servicio sanitario se dirige a la entidad con la que la administración ha suscrito un contrato que aquél desconoce.”

Esta consideración que, a nuestro juicio, no puede considerarse como una mera afirmación *obiter dicta*, permite comprender que la finalidad de la disposición adicional de la LCSP al calificar estos conciertos como contratos de gestión de servicio público era intentar eximir de responsabilidad a MUFACE, MUGEJU e ISFAS, por cuanto tal consideración ya la tenían con arreglo a la legislación anterior⁴⁰². La Sala destaca que la Administración no puede exonerarse sin un claro sustento legal, que, a nuestro juicio, requeriría además un minucioso análisis porque podría vulnerar el artículo 106.2 de la CE y culmina con una apreciación ya recogida por otras sentencias expuestas a lo largo de este trabajo y es que un contrato no puede oponerse a quien no es parte y mucho menos para privarle de un derecho reconocido constitucionalmente⁴⁰³.

⁴⁰¹ Así, además de la jurisprudencia citada anteriormente, podemos destacar a la propia Sala de la Audiencia Nacional en la sentencia de 7 de diciembre de 2012 (recurso 428/2010) en la que expone con rotundidad que: “(...) la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración impide a esta, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra este, ya que, si bien las obras habrían sido adjudicadas a tal contratista, su responsabilidad sería subjetiva, mientras que la de la Administración es directa y objetiva. El artículo 198 de la referida Ley 30/2007, de 30 de octubre, no impide a los perjudicados dirigirse a la Administración para exigirle responsabilidades y, en caso de respuesta negativa, acudir a este orden judicial contencioso administrativo, sino que se limita, de una parte, a regir las relaciones internas entre la Administración y esos contratistas y, de otra, a dar opción a los perjudicados para, si lo estiman más conveniente, acudir a la vía judicial civil en vez de a la vía contencioso administrativa; si bien teniendo en cuenta que el contratista no responderá civilmente en los supuestos en que, en la relación interna, el daño deba ser resarcido por la Administración (ver en este sentido la STSJ Galicia de 26-7-2012, Rec. 4524/2010).”

⁴⁰² En la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2013 (recurso 926/2010) el Abogado del Estado alega que los conciertos son contratos de gestión de servicios públicos al amparo del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Decreto 843/1976, de 18 de mayo, y en la Ley 29/1975, de 27 de julio (normas ya derogadas).

⁴⁰³ En parecidos términos, aunque con algunas afirmaciones discutibles, vid. GUDÍN R-MAGARIÑOS A E, “La responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados. Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica”, *Anuario da Facultade do Direito da Coruña*, núm. 14, 2010, págs. 471-504.

Resultaría preocupante que la Audiencia Nacional insistiera en la línea de considerar que, en los supuestos de contratos de gestión de servicio público, la Administración está exenta de responsabilidad por cuanto se opondría a ello la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC en el caso de asistencia prestada en el marco del Sistema Nacional de Salud y el propio artículo 106.2 CE.

Sin embargo, el Consejo de Estado en su Memoria de los años 2012 y 2013⁴⁰⁴ mantiene un criterio opuesto a la atribución de responsabilidad a la Administración como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria en el marco del mutualismo administrativo. Tras recordar que su doctrina tradicional (vgr. dictámenes 414/1991, 1862/2000 y 276/2006, entre otros) consideraba que la responsabilidad correspondía a las entidades aseguradoras que son las que asumen y realizan la prestación sanitaria (sic) sin que quepa imputarla a la Administración, tal y como recogían expresamente los convenios suscritos entre MUFACE y las entidades aseguradoras, reconoce que esa doctrina quiebra a raíz de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero y 24 de mayo de 2007 que consideran que tales convenios no son oponibles a los beneficiarios que son meros terceros, siendo además una obligación legal (artículo 17 de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios) de MUFACE el prestar la asistencia sanitaria bien directamente o por concierto.

Sin embargo, esa línea jurisprudencial habría de considerarse superada a raíz de la introducción en la legislación de contratos de la actual disposición adicional 20ª del TRLCSP que califica los conciertos celebrados por MUFACE, MUGEJU y el ISFAS como contratos de gestión de servicios públicos, de tal forma que ello supone la obligación del contratista de indemnizar los daños derivados de la prestación del servicio. Con base en ello el Consejo ha procedido a dictaminar que “(...) *mediante la técnica del concierto, el servicio no se presta por MUFACE (o por el ISFAS) sino «por entidades distintas y, tratándose de entidades privadas, el servicio no deviene público, de ahí que MUFACE no tenga poderes reglamentarios específicos sobre los prestadores del servicio. La actividad desarrollada por MUFACE es de mera gestión asistencial o, en los términos legales, es «acción protectora», pues se limita a articular la cobertura económica de las prestaciones sanitarias, sin integrarse, en consecuencia, ni la entidad ni su actividad, en el Sistema Nacional de Salud...».*” Por ello y apoyándose, una vez más, en las cláusulas del concierto el Consejo excluye la responsabilidad de la Administración salvo el supuesto meramente hipotético de que el daño derive de causas imputables a la Administración.

⁴⁰⁴ Consejo de Estado, *op. cit.*, págs. 251-260.

No puede compartirse la posición del Consejo puesto que elude toda referencia a la garantía del artículo 106 de la CE sin que alcance a entenderse que por el hecho de que se preste la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por una entidad privada, el servicio deje de ser público. Es más, el Consejo olvida su propia doctrina, por más que sea vacilante⁴⁰⁵, en cuanto a la responsabilidad en los casos de gestión indirecta de servicios públicos mediante la utilización de contratistas y concesionarios.

El propio Consejo es consciente de lo inadecuado de esta solución al entender que la consecuencia lógica de esa doctrina que sería el que los perjudicados reclamasen únicamente frente a las aseguradoras concertadas con MUFACE ante la jurisdicción civil se ve dificultada en la práctica puesto que los perjudicados optan por reclamar a la Administración y, con frecuencia, los propios tribunales civiles declaran su falta de jurisdicción para conocer de estas reclamaciones. Considera que preceptos como la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC y el artículo 9.4 de la LOPJ han provocado un “*uso expansivo de la vía administrativa y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo*” que provoca disfunciones como el que tribunales civiles declinen el conocimiento de demandas contra las empresas privadas prestadoras de la asistencia sanitaria, que se planteen reclamaciones ante la Administración por conductas exclusivamente imputables a las empresas privadas y que esta se limite a resolver sobre su propia responsabilidad sin pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas frente a particulares⁴⁰⁶.

Por ello el propio Consejo propugna una reforma de la normativa del mutualismo administrativo⁴⁰⁷ para dejar claro que: 1) La responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en virtud de conciertos corresponde a las entidades aseguradoras y, en su caso, a los responsables de los centros y a los facultativos que la realicen, siendo competente el orden jurisdiccional civil para conocer de tales reclamaciones; 2) Las Administraciones públicas no son responsables de los daños causados a los beneficiarios de la asistencia sanitaria salvo que tales daños estén causados por actuaciones específicas desarrolladas en la administración, organización y financiación de la prestación y solo en esos casos ostentarán legitimación

⁴⁰⁵ A título de ejemplo puede recordarse el Dictamen 1725/2011, de de 12 de enero de 2012, con el voto particular de dos consejeros.

⁴⁰⁶ En realidad esta sería la actuación correcta por parte de la Administración que en la interpretación estricta de la legislación de contratos que propugna el Consejo debería limitarse a determinar si existe su responsabilidad por vicios del proyecto o instrucciones dadas al contratista y, en caso contrario, desestimar la reclamación por corresponder la responsabilidad al contratista, debiendo ejercer el perjudicado las acciones pertinentes frente a este, en principio ante la jurisdicción civil salvo que se haga un uso extensivo del artículo 9.4 de la LOPJ.

⁴⁰⁷ En el reciente Dictamen 1116/2015 de 10 de marzo de 2016 el Consejo insiste en entender que la actuación de las aseguradoras concertadas con MUFACE no debe en ningún caso dar lugar a la responsabilidad de la Administración.

pasiva; y 3) Cuando en vía contencioso-administrativa se deduzcan pretensiones contra una Administración y contra particulares conforme el artículo 9.4 de la LOPJ, el Tribunal deberá siempre resolver sobre estas últimas⁴⁰⁸.

El problema se agrava cuando cierta doctrina⁴⁰⁹ considera que las compañías de seguros médicos no deben responder de los daños causados por los profesionales incluidos en su cuadro médico⁴¹⁰. Esta afirmación se puede contrastar en las sentencias citadas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en las que la empresa de seguros concertada con MUFACE mantenía que la responsabilidad sería, en su caso, de los profesionales sanitarios que atendieron al recurrente⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Un examen de la jurisprudencia contencioso-administrativa permite comprobar que así ocurre en la práctica general y, en todo caso, tal reforma excedería del ámbito de la legislación sobre mutualismo administrativo, debiendo recogerse en la

⁴⁰⁹ CARBAJO CASCÓN F, “*La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*”, Instituto de Ciencias del Seguro-Fundación Mapfre, Madrid, 2012.

⁴¹⁰ La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha rechazado a los efectos de establecer el plazo de prescripción que exista una relación contractual entre el funcionario y la entidad aseguradora. Vid. IZQUIERDO TOLSADA M, “¿Responsabilidad de la entidad sanitaria elegida por el mutualista de MUFACE en los casos de mala práctica médica? TS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno 13-10-2015”, *Revista SEPIN Responsabilidad Civil, Tráfico y Seguro*, mayo 2016.

⁴¹¹ Tesis rechazada en la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 14 de septiembre de 2015 (recurso 2377/2013)

Capítulo 9

NOTARIOS Y REGISTRADORES

9.1. LOS NOTARIOS COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO.

Un supuesto que el propio SAINZ MORENO⁴¹² consideraba como un paradigma de particulares que ejercen funciones públicas lo constituyen tanto los Notarios que ejercen la fe pública como los Registradores de la propiedad y mercantiles cuya responsabilidad se sigue rigiendo por normas civiles⁴¹³.

Destaca RIESCO TERRERO⁴¹⁴ que la Nueva Recopilación⁴¹⁵ determinó una monopolización de la función notarial por el poder regio que permitió la venta, de forma camuflada, de estos oficios por medio de los llamados “*privilegios*” a cambio de importantes sumas de dinero pagadas de forma fraccionada a favor de la Real Hacienda⁴¹⁶. Este sistema, que generaba un notariado ineficiente con evidentes tendencias a la corrupción, generó un rechazo que se plasmó en la creación del notariado moderno por la, todavía vigente, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 cuyo artículo 1 establece que “*El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios*”, indicando los artículos 11 a 13 que el nombramiento de estos funcionarios se haría por el Estado mediante oposición excluyendo cualquier otra forma con que anteriormente se hubieran podido designar (fida, annatas, medias annatas).

Ahora bien, la configuración del Notario aparece de una forma dual, como funcionario pero también como profesional que percibe sus retribuciones de los clientes y no del Estado. Al analizar el concepto de funcionario a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, FORTES GONZÁLEZ⁴¹⁷ considera que, si tal concepto parte de las ideas del

⁴¹² SAINZ MORENO F, *op.cit.*, págs. 1717-1746.

⁴¹³ Vid. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, “Manual de Responsabilidad Pública”, *op. cit.*, págs 432 y ss.; FERNÁNDEZ HIERRO J M, “Responsabilidad civil de los notarios”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 14, 2007, págs. 73-107.

⁴¹⁴ RIESCO TERRERO A, “El notariado de la Corona de Castilla e Indias en el siglo XVII: Los oficios públicos escribaniles y principales tipos documentales emitidos con intervención del notariado”, *V Jornadas Científicas sobre documentación de Castilla e Indias en el siglo XVI*, (GALENDE DÍAZ J C (dir.)), Universidad Complutense, Madrid, 2006, págs. 239-292.

⁴¹⁵ Ley 2, Título 26, Libro IV.

⁴¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1965 RJ 1965/3696 declaró que el oficio, una vez enajenado, era patrimonial.

⁴¹⁷ FORTES GONZÁLEZ A I, *op. cit.*, págs. 146-149.

ejercicio de funciones públicas e integración en la organización administrativa, no resulta de aplicación al estamento notarial la normativa de responsabilidad patrimonial contenida en la LRJ-PAC puesto que el ejercicio de estos sujetos es netamente privado.

A estos efectos la legislación notarial contempla expresamente la responsabilidad de los Notarios exigiendo el artículo 14 de la Ley del Notariado una fianza en garantía de sus obligaciones y el artículo 24 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 en sus artículos 24 y 25⁴¹⁸ establece la suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para hacer frente a las responsabilidades que pudieran derivarse del ejercicio de su cargo.

Destaca esta autora la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998 (recurso 3581/1992) según la cual “(...) *no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción Civil, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar*”.

Si bien esa sentencia es usualmente citada para justificar la responsabilidad puramente civil de los Notarios, lo cierto es que su última frase relativa a las consecuencias inherentes al desempeño de funciones públicas no deja de ser un tanto enigmática. En cualquier caso, existe una cierta unidad de criterio al respecto en la jurisprudencia y así la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2007 (recurso 283/2006) considera que la relación entre el Notario y su cliente es un arrendamiento de servicios⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Redactados por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, cuyo preámbulo justifica ese seguro “*como medio de que el usuario del servicio público notarial no sufra, en ningún caso, perjuicio que no se repare*”.

⁴¹⁹ Según la sentencia “(...) *es preciso señalar que la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario el cual debe responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias (como reiteradamente han venido señalando el Tribunal Supremo, sentencia de la Sala Primera, 6 de junio de 2002). La relación que le une con el particular o empresa que acude a su notaría adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter de público de la función que cumple el Notario al dar fe de lo que se recoge en las escrituras por él redactadas y firmadas ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomienda, por lo que siendo el arrendamiento de servicios la relación contractual que liga los litigantes (Sentencia de la AP Barcelona, sec.11ª, S 8-9-2004, nº612/2004, rec. 23/2003), las acciones que se derivan por los daños y perjuicios derivados de dicha actuación son de carácter civil y no administrativas*”.

En idéntico sentido la sentencia de esa Sala de 17 de abril de 2012 (recurso 234/2010) que se apoya en la modificación de la Ley del Notariado llevada a cabo por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, cuyo artículo 6 modifica, entre otros, el artículo 23 de la Ley del Notariado indicando que en los supuestos en los que el Notario, por error pero sin dolo, diere conocimiento erróneo de alguno de los otorgantes no incurrirá en responsabilidad criminal sino que será sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.

Por ello la Sala considera de aplicación el Reglamento Notarial de 1944 y la propia Ley del Notariado de 1852 y entiende que la responsabilidad debe exigirse ante los tribunales civiles, tribunales que ciertamente conocen de esa responsabilidad como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 9 de marzo de 2011 (recurso 136/2009) que declara la responsabilidad civil de dos Notarios por no actuar con la “*diligencia exigible*”.

La inexistencia de responsabilidad de la Administración es igualmente afirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado que en sus resoluciones viene indicando que no cabe apreciar responsabilidad de la Administración por la actuación de los notarios sino que la misma, conforme la legislación notarial, tiene carácter personal debiendo exigirse ante la jurisdicción ordinaria⁴²⁰.

Sin embargo, como destaca FORTES GONZÁLEZ, en ocasiones, el Consejo de Estado ha admitido la responsabilidad patrimonial de la Administración y cita a tal efecto el Dictamen 1825/2009, de 4 de marzo de 2010, que considera que la responsabilidad civil prevista en el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, no excluye la posible responsabilidad patrimonial basada en la naturaleza funcional de los notarios en relación con el funcionamiento del Registro General de Actos de Última Voluntad respecto del cual califica a los Notarios y a los Colegios Notariales como instituciones auxiliares.

En el más reciente Dictamen 1241/2013, de 6 de febrero de 2014, el Consejo de Estado reitera la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la

⁴²⁰ Así la Resolución de 19 de septiembre de 2008 afirma que “(...) es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. entre otras, las Resoluciones de 5 de octubre y 22 de diciembre de 1988, 12 de junio y 9 de octubre de 1991, 28 de octubre de 1993, 14 y 15 de junio de 1994, 16 de abril de 1996, 6 de noviembre de 1997 y 13 de marzo de 1998) que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en que haya podido incurrir un Notario en el ejercicio de sus funciones, son materia cuyo conocimiento compete con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, dotados de instrumentos procesales aptos para recibir cumplida prueba de los hechos alegados y para la defensa en forma contradictoria de los intereses y alegaciones de una y otra parte, única forma en la que es posible el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24 y 117.3 de la Constitución española); en consecuencia carece esta Dirección General, al igual que la Junta Directiva del Colegio Notarial, de competencia para juzgar tal asunto.”

Administración como consecuencia de esa actuación funcional y auxiliar de los notarios respecto del Registro de Actos de Última Voluntad cuando la actuación de los notarios determinaba la existencia de errores en la información facilitada por el Registro⁴²¹.

No obstante, la naturaleza de la función notarial no deja de plantear problemas a este respecto. VERDERA SERVER⁴²² considera que la función del Notario puede ser analizada desde diferentes puntos de vista, ya sea como oficina pública, como conjunto de documentos públicos, como sujeto que ejerce una función, como objeto sobre el que recae esa función y como función que ejerce una especial naturaleza. Recuerda que la Resolución del Parlamento Europeo A3-0422/93, de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad, consideró que la función notarial suponía una delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la elaboración de contratos, y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de estos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar a los tribunales y la STC 87/1989, de 11 de mayo, ya destacó que la función pública era la parte más importante de su profesión.

No obstante este autor considera que, en ningún caso, puede admitirse la responsabilidad de la Administración por la actuación notarial toda vez que el Notario no está integrado en la Administración pública, como destaca tanto la Dirección General de los Registros y el Notariado (Resolución de 20 de marzo de 2000) como la propia doctrina administrativista, citando a este respecto a SAINZ MORENO⁴²³ que considera que ni siquiera la responsabilidad disciplinaria del Notario puede dar lugar a la responsabilidad de la Administración.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL⁴²⁴ entiende que, si el ejercicio de las funciones públicas corresponde a la Administración pública en cuanto personificación del Estado, esta debería hacerse responsable de la función pública notarial. No obstante, la no integración formal del Notario en la Administración impide esa imputación puesto que sería necesario ampliar la noción de funcionario a quienes desempeñen funciones públicas lo cual “(...)

⁴²¹ Sobre la responsabilidad patrimonial derivada de este Registro de Actos de Última Voluntad han de destacarse las interesantes reflexiones de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 (recurso 4581/2000) de la que fue ponente FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO.

⁴²² VERDERA SERVER R, “*La responsabilidad civil del Notario*”, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 24.

⁴²³ SAINZ MORENO F, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “*Notario, función notarial y garantía constitucional*”, Civitas, Madrid, 1989.

⁴²⁴ ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL M P, “*El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico administrativo*”, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 400-401.

debería ser así máxime cuando el ejercicio de la función notarial tiene por objeto una función pública de modo permanente.” Ahora bien, la citada autora limita la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento del sistema notarial a dos supuestos, los derivados del ejercicio por la Dirección General de los Registros y del Notariado de las funciones que tiene legalmente encomendadas en cuanto a la inspección y vigilancia de las notarías y los casos en los que la Dirección General dicta resoluciones estimando recursos de queja o alzada impropia frente a actuaciones de Notarios.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en aplicar las normas específicas para la responsabilidad de los notarios en su legislación especial, las referencias del Consejo de Estado a la problemática de la actuación de los Notarios cuando actúan como colaboradores de un órgano de la Administración como es el Registro de Actos de Última Voluntad cobran un especial relieve como consecuencia de la reciente legislación que atribuye mayores funciones a los Notarios. En concreto, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, atribuye a los Notarios tanto la posibilidad de celebrar enlaces matrimoniales como el otorgamiento de escritura pública para la disolución del matrimonio por divorcio de mutuo acuerdo, además de ampliar los tradicionales supuestos de intervención de estos profesionales en este tipo de actos⁴²⁵.

La exposición de motivos de la Ley 15/2015 alude a los Notarios y a otros cuerpos como son los Secretarios Judiciales⁴²⁶ y Registradores de la Propiedad y Mercantiles tanto como “*funcionarios*” como, de forma más genérica e indefinida, “*profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública*”, refiriéndose siempre a su aptitud para intervenir en estos asuntos, dada su naturaleza administrativo y no jurisdiccional, y a que el ciudadano podrá acudir a los Secretarios Judiciales sin coste alguno o bien optar por acudir a Notarios y Registradores en cuyo caso, lógicamente, deberá abonar los aranceles correspondientes. Resulta dudoso que, en estos casos, pueda mantenerse la naturaleza civil de

⁴²⁵ Según la exposición de motivos de la Ley “(...) *en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.*”

⁴²⁶ Actualmente Letrados de la Administración de Justicia conforme el artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial redactado por la Ley Orgánica 7/2015, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

la responsabilidad del Notario sin responsabilidad alguna de la Administración por cuanto ello se opondría a lo dispuesto en el artículo 106.2 de la CE.

Mayor carácter jurídico-público tienen las encomiendas de gestión del Ministerio de Justicia con los Consejo General del Notariado de 2 de abril de 2013 por el que se contempla la intervención de los notarios en los expedientes de adquisición de la nacionalidad española. En este caso, la naturaleza de la encomienda de gestión obligaría a que las posibles responsabilidades por la actuación de los Notarios en estos procedimientos se sustanciasen por los cauces de la responsabilidad patrimonial establecidos en la legislación administrativa, entre los que cabría, como señala FORTES GONZÁLEZ, el ejercicio de la acción de regreso.

9.2. LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD COMO SERVICIO PÚBLICO.

Al examinar la naturaleza de la función registral MEILAN GIL⁴²⁷ destaca que no existen dudas sobre su naturaleza “pública” pero sí sobre su carácter administrativo⁴²⁸ puesto que la doctrina civilista (que ha venido prestado una mayor atención a esta materia) ha venido defendiendo que estaríamos ante una función “atípica” y “cuasijurisdiccional” que no encajaría ni en la función judicial ni en la administrativa.

En el caso de los Registros de la Propiedad y Mercantiles su configuración como servicio público está todavía más clara pero la doctrina hipotecaria no suele admitir la responsabilidad del Estado por un mal funcionamiento del Registro. Así, CHICO Y ORTIZ⁴²⁹ cita la opinión de LACRUZ BERDEJO para quien la responsabilidad de los registradores de

⁴²⁷ MEILÁN GIL J L, “Administración pública y función registral”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 14, 2010, págs. 525-547.

⁴²⁸ Tesis defendida por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ J “Naturaleza del procedimiento registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 256, 1949.

⁴²⁹ CHICO Y ORTIZ J M, “*Estudios sobre Derecho Hipotecario*”, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 1082 y ss.

En realidad, si acudimos a LACRUZ BERDEJO J L, SANCHO REBULLIDA F de A, “*Elementos de Derecho Civil, III Bis, Derecho Inmobiliario Registral*”, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 281, SANCHO REBULLIDA al analizar la responsabilidad de los Registradores afirma que, si bien dicha responsabilidad es civil, no es contractual puesto que la obligación del Registrador de calificar es de derecho público pero tampoco contractual “(...) pues aquella actividad no se desarrolla en relaciones generales con una masa de circunstancias, sino dentro de un procedimiento instado por persona concreta y determinada, con la cual -ciertamente- no se halla el Registrador vinculado contractualmente, pero frente a la cual tiene obligaciones específicas”. Es por ello que el citado autor considera que la responsabilidad de este colectivo presenta similitudes con la responsabilidad de los funcionarios de la judicatura y sobre todo con la de los Notarios. En realidad esa afirmación no hace sino reconocer las dudas sobre esta responsabilidad puesto que no se puede calificar de otra forma el afirmar que es una responsabilidad civil ni contractual ni extracontractual –*tertium genus non datur*– y remitirse a otros dos supuestos complejos como el ya expuesto de los Notarios y el igualmente difuso de la responsabilidad civil de jueces y magistrados, vid.: GARCÍA MANZANO P, “Responsabilidad Civil de Jueces y Magistrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre 1988, págs. 99-151 y OLIVA BLAZQUEZ F, “Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable”, *InDret*, 4/2010.

la propiedad sería una responsabilidad extracontractual que presentaría “*semejanzas*” con la de otros funcionarios como la judicatura, la Administración y, sobre todo, con los Notarios, que también prestan servicios a costa de medios y organización propios.

A diferencia de los notarios la responsabilidad de los registradores presenta una regulación mucho más sistemática en los artículos 296 a 312 de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 que prácticamente recogen la misma regulación de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria “*Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*”, se considera que la calificación registral es una actuación obligatoria, personalísima y, por tanto, imputable, se establece la obligación de los Registradores de constituir una fianza que habría de responder de las obligaciones en que incurran por razón de su cargo (artículos 282-283 de la Ley Hipotecaria) si bien las fianzas individuales han sido sustituidas por una fianza colectiva constituida por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles (artículo 520 del Reglamento Hipotecario), existiendo en la actualidad, por la insuficiencia de esta fianza un seguro colectivo de responsabilidad civil.

Además, el Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, contempla en su artículo 48 un Servicio de Responsabilidad Civil del Colegio Nacional de Registradores que tramitará (artículo 55) los expedientes sobre reclamaciones de responsabilidad civil a través del procedimiento establecido en el artículo 69. Curiosamente, la decisión de acudir a este Servicio y procedimiento corresponde al Registrador reclamado, dándose lógicamente audiencia en el expediente al Registrador y al reclamante. Contra la decisión de la Junta de Gobierno no cabe recurso alguno y si fuera favorable al reclamante, aceptando este la indemnización propuesta, el Colegio se hará cargo del 75% de la indemnización y el Registrador el 25% restante. Si el reclamante no aceptase acudiendo a los tribunales ordinarios y estos condenasen al Registrador el Colegio asumirá los costes y el importe de la condena al igual que en los supuestos en los que el reclamante no acepte la intervención de la Junta. Llama la atención el que se establezca esta posibilidad como una suerte de vía administrativa previa en la que el Colegio puede decidir (por más que su decisión no sea

vinculante) sobre la existencia de responsabilidad derivada del funcionamiento del Registro, esto es, de un servicio público.

Al igual que los Notarios, la naturaleza de los Registradores dista de ser pacífica, aun cuando en este caso su naturaleza pública está más acentuada que en el caso de los Notarios. La legislación hipotecaria establece igualmente su naturaleza de funcionario público conforme los artículos 274 de la Ley Hipotecaria “*Los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales y tendrán tratamiento de Señoría en los actos de oficio*” y artículo 536 del Reglamento según el cual los Registradores “*(...) ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral.*”

No obstante, al igual que en el caso de los Notarios, la doctrina destaca sus particularidades y así DIEZ-PICAZO⁴³⁰ considera que son funcionarios públicos que “*gozan de un estatuto muy especial*”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴³¹ rechaza las concepciones iusprivatistas que consideran los registros jurídicos como mecanismos de jurisdicción voluntaria y cree que, al amparo del artículo 105 b) de la CE, deben equipararse los registros jurídicos y los administrativos, de tal forma que todos ellos implican la existencia de una actividad administrativa que tiene como objeto el garantizar la seguridad jurídica exigida por el artículo 9 de la CE. Es por ello que considera que la naturaleza de la actuación del Registrador es la de un acto administrativo que orgánica y subjetivamente procede de una Administración pública y que se dicta a través de los Registradores en cuanto funcionarios que tienen encomendada esta función. Se trata de instituciones administrativas que articulan una intervención o actividad administrativa a través de técnicas registrales⁴³².

⁴³⁰ DÍEZ-PICAZO L, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 410.

⁴³¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C, “La naturaleza administrativa de la actividad registral y la insatisfactoria solución jurisdiccional vigente para su control”, en “Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor”, *op.cit.*, págs. 1011-1037. La citada autora critica la atribución del control jurisdiccional de los actos registrales a la jurisdicción civil. En el mismo sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C, “La Administración Pública de Derecho Privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994. Sala Primera)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto 1997, págs. 211 y ss.

⁴³² El Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, afirma en su preámbulo que las actuaciones de los Registradores de la Propiedad no son actos administrativos y que las actuaciones del Ministerio de Justicia al respecto son actos de jurisdicción voluntaria dejando abierta a los interesados la vía jurisdiccional civil.

Frente a esta postura, los autores iusprivatistas destacan el carácter privado de los Registradores y así, recientemente, ESTRUCH ESTRUCH⁴³³ expone cómo la doctrina ha venido afirmando la naturaleza mixta del Registrador en cuanto funcionario público y profesional del Derecho, siendo uno de los ejemplos más claros del ejercicio por particulares de funciones públicas citando la opinión de YZQUIERDO TOLSADA para quien los Registradores responderán civilmente de los daños que por culpa o negligencia puedan ocasionar a terceros sin que la reglamentación legal y la más o menos intensa intervención administrativa puedan servir de título de imputación de sus actos a la Administración. Es por ello que ESTRUCH considera que la legislación, para evitar cualquier género de dudas sobre la responsabilidad de la Administración dada la naturaleza de funcionario público del Registrador, establece insistentemente la responsabilidad personal del Registrador⁴³⁴ sin referencia alguna a la responsabilidad de la Administración pública⁴³⁵. La responsabilidad exclusiva del registrador derivaría de su obligación de calificar bajo su responsabilidad los documentos presentados al Registro sin que pueda efectuar consulta alguna a la Dirección General siendo intención de los legisladores de 1861 el separar los Registros de la Administración.

En idéntico sentido se pronuncia GUILARTE GUTIÉRREZ⁴³⁶ que considera que los intentos de socavar la independencia del Registrador en la calificación, ya sea mediante la imposibilidad de calificar determinados aspectos de los documentos notariales o bien mediante la vinculación de los Registradores a las instrucciones de la Dirección General, como parece querer establecer la modificación del artículo 327 de la Ley Hipotecaria por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, por la que las resoluciones por las que se estimen los recursos gubernativos, una vez publicadas, tendrán “*carácter vinculante para todos los registradores*” no alteran esa responsabilidad.

⁴³³ ESTRUCH ESTRUCH J, “*La responsabilidad civil del registrador*”, Fundación Registral, Madrid, 2014, págs. 25-42.

⁴³⁴ El artículo 536 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 establece que “*Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral.*”

⁴³⁵ En realidad, esa responsabilidad personal del registrador obedecería más a razones históricas puesto que en 1944 (texto ley de bases) y 1946 (texto articulado) y mucho menos en 1861 con la primera Ley Hipotecaria no existían las bases doctrinales y legales para afirmar la responsabilidad directa de la Administración por los actos de los funcionarios a su servicio que solo implantaría la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

⁴³⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ V, “*La responsabilidad del Registrador derivada de la función calificador: Sus orígenes, fundamento y necesaria persistencia*”, *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 456, 2009, págs. 24-44.

No obstante, ESTRUCH cita a autores administrativistas como el ya citado GONZÁLEZ PÉREZ y DOMÍNGUEZ LUIS que defienden tesis semejantes a las ya expuestas de CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entendiendo que el Registro es un servicio público y los actos dictados por el órgano estatal al que le corresponde la prestación de tal servicio son actos administrativos dictados en un procedimiento de esa naturaleza.

Frente a ello ESTRUCH considera que nos hallamos ante un tipo especial de responsabilidad que se produce en el ejercicio profesional privado de unas funciones públicas sin que el carácter formal de funcionario público del Registrador determine la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Tras justificar este régimen especial en las peculiaridades retributivas⁴³⁷ de los Registradores que harían ilógico que el Registrador cobrase y la Administración respondiese, en su funcionamiento durante ciento cincuenta años sin problemas jurídicos o prácticos y en el carácter personal de su actuación sin posibilidad de elevar consultas a la Dirección General, concluye afirmando que⁴³⁸: *“Por lo tanto, a nuestro juicio, las actuaciones del Registrador, aunque ejercite profesionalmente funciones públicas y aunque el Registro sea un servicio público, deben someterse en cuanto al ámbito de responsabilidad (igual que en cuanto al ámbito de los recursos establecidos contra las mismas) al régimen específico regulado de modo expreso y diferenciado por el legislador y que, con carácter general, excluye la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración Pública por los daños producidos por el Registrador en el ejercicio de su actuación profesional”*.

No obstante, considera que sí sería factible admitir la posible responsabilidad de la Administración pública en aquellos casos en los que, pese a existir un escrupuloso respeto por parte del Registrador de la normativa aplicable, su actuación causa a un tercero un daño que no tenía obligación de soportar y ello por cuanto el Estado español configura, regula y organiza el servicio público del Registro. Habría dos supuestos típicos en los que se apreciaría esa responsabilidad, de un lado, los supuestos en los que la protección al tercer adquirente de buena fe en los datos del Registro prevista en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria priva

⁴³⁷ Criticadas nada menos que por MANUEL AZAÑA en 1923 en el famoso artículo “Grandeza y servidumbre de los funcionarios”: *“Hay funcionarios sometidos a un arancel que ganan diez, quince o veinte mil duros al año; y otros, con la misma preparación, mayor responsabilidad y más trabajo (por ejemplo, los jueces), han de satisfacerse con seis o siete mil pesetillas y la esperanza de cobrar en la vejez doce o quince mil. Lo menos que puede decirse de este régimen es que no tiene sentido común”*, Vid. AZAÑA M, “Plumas y Palabras”, Crítica, Barcelona, 1990, págs. 205-206.

⁴³⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J, *op. cit.*, pág. 407.

al verdadero titular de su derecho⁴³⁹ y aquellos en los que el Registrador practica la inscripción de acuerdo con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estima el recurso interpuesto contra la primitiva calificación negativa del Registrador.

Sin embargo, en este caso, la jurisprudencia contencioso administrativa sí ha admitido en ocasiones la responsabilidad patrimonial de la Administración partiendo de su consideración como servicio público. Para la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995 (recurso 9194/1992) tal consideración deriva de una serie de factores⁴⁴⁰: 1º el amplio sentido del concepto de servicio público a los efectos de la responsabilidad patrimonial; 2) El propio calificativo de servicio público que la Ley Hipotecaria utiliza en los artículos 272 y 275⁴⁴¹; 3) La incardinación del Registro en la estructura y organización del Ministerio de Justicia; 4) La consideración de los Registradores como funcionarios públicos aun cuando lo determinante para la existencia de responsabilidad es que se actúen facultades administrativas propias del servicio público con independencia de la cualidad o condición de quien ejerza tales facultades.

Partiendo de esta sentencia el Consejo de Estado también ha admitido la responsabilidad patrimonial directa de la Administración. Si bien en un primer momento mantuvo el que la responsabilidad de los Registradores constituía un supuesto especial de responsabilidad civil regulado específicamente en la legislación hipotecaria, a raíz de la citada sentencia del Tribunal Supremo, modificó su doctrina en cuanto comenzó a admitir la posible responsabilidad de la Administración.

⁴³⁹ Resulta difícil entender que la mera aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria genere un daño antijurídico en cuanto en definitiva dicho precepto que consagra el principio de la fe pública registral puede considerarse como integrante del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria

⁴⁴⁰ También se ha justificado esa responsabilidad en el carácter obligatorio del Registro en tanto que en los Notarios existe libertad de elección. Así SALAS CARCELLER J A, “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad”, *Revista SEPIN*, septiembre 2007

⁴⁴¹ Artículo 272 “*Las comisiones de servicio que se concedan a los Registradores o Notarios en la Dirección General, se conferirán únicamente para auxiliar los trabajos de carácter extraordinario que se encomienden a dicha Dirección General; pero por ningún concepto podrá exceder su número de tres Registradores y de tres Notarios los que a la vez desempeñen las expresadas comisiones. La duración de estas comisiones no podrá exceder de un año, que se podrá prorrogar, si mediare necesidad del servicio público, solamente por un plazo igual*” y artículo 275.1 “*Subsistirán los Registros de la Propiedad en todas las poblaciones en que se hallen establecidos. No obstante, el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y con las formalidades reglamentarias, cuando así convenga al servicio público, atendido el volumen y movimiento de la titulación sobre bienes inmuebles y derechos reales, podrá, oyendo al Consejo de Estado, acordar el establecimiento de nuevos Registros de la Propiedad en determinadas localidades, así como la modificación o supresión de los existentes.*”

Así, el Dictamen 773/1995, de 20 de julio⁴⁴², cita la sentencia del Tribunal Supremo pero no llega a establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por el contrario, el Dictamen 940/1999, de 21 de octubre, efectúa un detenido análisis de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia del funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Considera el Dictamen⁴⁴³ que han de diferenciarse dos supuestos en los que puede plantearse la exigencia de responsabilidad por la actividad registral. De un lado, la propia actuación calificadora de los Registradores y, de otro, el funcionamiento anormal de la oficina registral. En ambos casos puede generarse responsabilidad personal del Registrador que deberá exigirse ante la jurisdicción civil pero también puede existir responsabilidad patrimonial de la Administración que, en el primer caso, exigirá que se haya acreditado por la Dirección General de los Registros y del Notariado revocando en vía de recurso gubernativo⁴⁴⁴ la calificación registral sin que ello sea necesario cuando se trate de un mal funcionamiento de la oficina.

Ambas responsabilidades, compatibles entre sí, determinarían el que la Administración respondiese directamente sin poder alegar la necesidad de escusión en los bienes del Registrador y en los medios dirigidos a garantizar su responsabilidad personal (fianza o seguro). La Administración podrá ejercitar la acción de regreso frente al Registrador si se dan los supuestos del artículo 145 de la LRJ-PAC.

Ahora bien, puesto que, como decimos, la legislación hipotecaria regula expresamente la responsabilidad civil de los registradores en los artículos 296 y ss. de la Ley Hipotecaria, atribuyendo la competencia (artículo 303) a los juzgados o tribunales a los que corresponda el

⁴⁴² El Dictamen analiza la reclamación interpuesta por una serie de personas que resultaron afectadas por unos asientos registrales que fueron anulados por la jurisdicción civil. La reclamación indica que se interpone ad cautelam habiendo reclamado ante la jurisdicción civil. Tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Servicio Jurídico en el Ministerio y el instructor del procedimiento consideran que procede la desestimación por no proceder la responsabilidad patrimonial de la Administración. El Consejo de Estado cita expresamente la sentencia de 22 de marzo de 1995 pero sin entrar a valorarla considera que puesto que la reclamación se ha interpuesto de forma cautelar y existe un procedimiento judicial no procede interferir en este por lo que propone la desestimación de la reclamación.

Destaca FORTES GONZÁLEZ que el citado Dictamen ha de enmarcarse en la discusión existente en ese momento (ante de la reforma de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero) sobre la subsistencia de la acción directa del particular frente al funcionario, *op. cit.*, págs, 149-150.

⁴⁴³ En términos similares se pronuncia el Consejo de Estado en los dictámenes 2204/2006, de 18 de enero y 2034/2009, de 8 de abril de 2010.

⁴⁴⁴ Artículos 416 del Reglamento Hipotecario (queja contra la negativa a practicar el asiento de presentación), 66 de la Ley Hipotecaria (recurso gubernativo contra la calificación registral) y 135 del Reglamento (recurso contra la negativa o suspensión de la inscripción de un documento judicial).

Registro en el que se haya cometido la falta, los tribunales civiles conocen igualmente de las demandas de responsabilidad por mal funcionamiento del Registro⁴⁴⁵.

ESTRUCH⁴⁴⁶ critica esta doctrina del Consejo de Estado que considera confusa, por cuanto, además de contradictoria con el régimen de responsabilidad civil personal del Registrador, plantea problemas como la falta de respuesta ante los supuestos en los que exista una calificación positiva del Registrador ya que en esos casos no cabe recurso alguno; abre la vía a resoluciones contradictorias con lo que puedan disponer los tribunales civiles en los procesos en los que se reclame la responsabilidad del Registrador y considera difícil el poder ejercitar la acción de regreso puesto que el artículo 142.5 de la LRJ-PAC exige para ello el que el funcionario haya actuado con dolo, culpa o negligencia graves, algo excepcional salvo que se entienda que las actuaciones profesionalmente incorrectas del Registrador están realizadas con culpa grave, algo “*muy poco razonable*”⁴⁴⁷.

No obstante, un supuesto en el que se ha admitido esa responsabilidad patrimonial de la Administración es el contemplado en el Dictamen del Consejo de Estado 2034/2009 de 8 de abril de 2010⁴⁴⁸. En el que el Consejo recuerda su doctrina fijada en el Dictamen de 21 de octubre de 1999 derivada de la sentencia del Tribunal Supremo de 1995 y considera que, puesto que la constancia del Documento Nacional de Identidad debía haberse hecho constar conforme el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se reforman determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el Registro de la Propiedad incurrió en el error destacado por los reclamantes.

El Dictamen destaca que procede la indemnización (limitada a los gastos judiciales) sin perjuicio de una posible ulterior acción de repetición contra el Registro de la Propiedad pero, al mismo tiempo, alude a que, muy probablemente, el Registrador encargado del Registro no sea ya el que practicó en su día la inscripción.

Sin duda este régimen de responsabilidad civil de Notarios y Registradores es una anomalía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, consecuencia sin

⁴⁴⁵ A título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 2 de febrero de 2010 (recurso 518/2009) desestima una demanda de responsabilidad por la doble inmatriculación de una finca.

⁴⁴⁶ ESTRUCH ESTRUCH J, *op. cit.*, págs. 455-477.

⁴⁴⁷ La alta cualificación profesional de los Registradores permite exigirles un nivel mucho más alto de diligencia, en cualquier caso, obviamente, dependerá de cada caso concreto.

⁴⁴⁸ En el mismo se recoge el que una persona que había inscrito la compraventa de su vivienda en 1983, vio posteriormente embargada su finca por deudas ajenas de una persona con idéntico nombre porque en la inscripción no se había hecho constar el número de su Documento Nacional de Identidad. Como consecuencia de ello debió iniciar actuaciones judiciales para lograr la nulidad de tales embargos y las subsiguientes subastas, reclamando a la Administración los gastos judiciales y una cantidad en concepto de daños morales.

duda de su regulación en normas no solo preconstitucionales sino anteriores a la configuración legislativa de la responsabilidad patrimonial en los años 50. Por ello a nuestro juicio su análisis debe hacerse sobre la base de nuestro ordenamiento jurídico actual, especialmente al amparo del texto constitucional, sin que la prolongada vigencia del sistema de la Ley Hipotecaria o criterio del legislador de 1861 sean elementos decisivos para su valoración.

Baste destacar que, al igual que a los Notarios, se ha pretendido atribuir a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles nuevas funciones en materia de Registro Civil el cual, hasta la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, venía siendo gestionado por jueces, lo cual no impedía que se admitiese la responsabilidad patrimonial de la Administración por su funcionamiento como reconoció el Dictamen 3622/1988, de 22 de diciembre, del Consejo de Estado.

Evidentemente, las peculiaridades de estos funcionarios que desempeñan un servicio público, son seleccionados por medio de una oposición y están en una situación de relación de sujeción especial con la Administración a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, requieren quizás un régimen especial en cuanto a la responsabilidad derivada de su actuación pero ello no puede implicar sin más el que la Administración eluda todo tipo de responsabilidad. Convendría a estos efectos distinguir entre los Notarios y los Registradores. En cuanto a los primeros habría que distinguir lo que se puede considerar actividad privada de los mismos, habida cuenta que no constituye en puridad un servicio público habría que reconocer que su responsabilidad sería civil pero no parece que pueda mantenerse ese criterio en los supuestos en los que otorgan fe pública o realizan actos de jurisdicción voluntaria.

Por el contrario, la publicación es mucho mayor en el supuesto de los Registradores, los cuales gestionan un servicio público que condiciona el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria por lo que los posibles daños causados por ese servicio no pueden ser ajenos a la Administración. Cuestión distinta es que, reconocido el carácter “*especial*” de estos funcionarios⁴⁴⁹, pueda articularse un mecanismo de integración entre su responsabilidad personal y la responsabilidad de la Administración, ya sea mediante la aplicación de la acción de regreso por parte de la Administración o bien mediante la concesión al particular de la

⁴⁴⁹ El artículo 4 f) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, excluye de su ámbito de aplicación al personal retribuido por arancel de tal forma que solo se les aplicará cuando su normativa específica así lo prevea.

posibilidad de optar por el específico procedimiento establecido en la legislación hipotecaria o bien reclamar a la Administración.

Así FORTES GONZÁLEZ⁴⁵⁰, si bien considera que no resulta adecuado proceder a una extensión de la fórmula funcionamiento de los servicios públicos, entiende que si finalmente la Administración acaba asumiendo la responsabilidad desde el punto de vista de las garantías del sujeto responsable es mucho más benévolo el régimen de la LRJ-PAC puesto que solo responderían frente a la Administración en casos de dolo, culpa o negligencia graves.

No se podría por ello acusar de incoherencia al ordenamiento si se parte del peculiar régimen de retribución de estos funcionarios. Puesto que sus retribuciones se perciben directamente de los ciudadanos y son ostensiblemente mayores que las del resto del funcionariado es lógico que su responsabilidad sea mayor como ya indicaba la vieja expresión “*ubi emolumentum ibi onus*”. Si a esa regla general se le suma el imperativo constitucional en cuanto a que la Administración debe responder del funcionamiento de los servicios públicos, es lógico que, cuando la actividad de estos profesionales tenga carácter público (frecuente en los Notarios y siempre en el caso de los Registradores), el juego combinado de ambos principios determine el que la reparación del perjuicio deba corresponder al Notario o al Registrador bien directamente o bien por el ejercicio de la acción de regreso.

⁴⁵⁰ FORTES GONZÁLEZ A I, *op. cit.*, pág.

Capítulo 10

ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS

10.1. LA TENSIÓN FUNCIÓN PÚBLICA-PROPIEDAD PRIVADA EN EL URBANISMO ESPAÑOL.

En el derecho urbanístico español confluyen múltiples condicionantes que configuran tanto la actuación de los poderes públicos como de los particulares que intervienen en la acción urbanizadora.

En primer lugar, como es lógico puesto que el urbanismo opera sobre una realidad física como es el suelo, ha de partirse de la premisa fáctica y jurídica de la propiedad del suelo garantizada constitucionalmente en el artículo 33 de la CE pero también de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 del texto constitucional. Estos dos condicionantes generan lo que VÁZQUEZ PITA⁴⁵¹ denomina un “*halo de incertidumbre*” por la tensión en la necesidad o conveniencia de ubicar la facultad de urbanizar en el derecho de propiedad o en la libertad de empresa.

A ello se une otra previsión constitucional que impone la necesidad de participación de los poderes públicos en esta materia como es la previsión del artículo 47 de la CE en cuanto a la consagración del derecho a una vivienda digna, debiendo los poderes públicos promover las condiciones necesarias para su efectividad y regulando a tal fin la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Añadiendo el citado artículo que “*La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos*”.

Esta previsión constitucional, a la que se suma el reconocimiento del urbanismo como un título competencial en el artículo 148.1.3ª de la CE, no solo justifica sino que impone la necesidad de una política urbanística y de gestión del suelo que permita cumplir ese mandato constitucional y proteja, al mismo tiempo, otros objetivos constitucionales como la protección del medio ambiente (artículo 45) y del patrimonio histórico-artístico (artículo 46).

En realidad, como destaca PAREJO ALFONSO⁴⁵², de la STC 61/1997, de 20 de marzo, se puede extraer que el urbanismo alude a la disciplina jurídica del hecho social o

⁴⁵¹ VÁZQUEZ PITA J M, “*La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014, págs. 34-41.

⁴⁵² PAREJO ALFONSO L, “El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: Fundamento, condicionamientos, alcance y composición”, en “*Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*”, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 82.

colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, traduciéndose en potestades atribuidas o controladas por entes públicos.

Ciertamente esa es la premisa que parece configurar el sistema urbanístico español pero, en la realidad, se ha producido lo que significativamente denomina PARADA⁴⁵³ una “privatización” del urbanismo puesto que, frente al urbanismo de obra pública del s. XIX en el que los propietarios carecían de un derecho a urbanizar, el sistema implementado a partir de la Ley de 1956 ha venido otorgando ese derecho a ciertos propietarios (los de suelo urbanizable) dando lugar a perversiones como la denominada “*lotería del planeamiento*” y a la financiación de los municipios mediante la cesión obligatoria de una parte del aprovechamiento.

Dejando a un lado la fase de planeamiento nos interesa especialmente la de ejecución que puede definirse, tal y como hace el artículo 71 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid como “(...) *los procesos dirigidos a materializar sobre el terreno las determinaciones de los Planes de Ordenación Urbanística y, en especial, aquellos de urbanización y edificación de los terrenos, destinándolos efectivamente a los usos previstos o permitidos.*”

En la ejecución urbanística, el moderno derecho urbanístico español⁴⁵⁴ ha dado tradicionalmente una especial preferencia a los propietarios del suelo si bien no siempre ha sido así puesto que como destaca PASCUAL MARTÍN⁴⁵⁵, tanto el precedente inmediato, esto es, la Ley de 18 de marzo de 1895 para el saneamiento, reforma y ensanche interior de las poblaciones de 30.000 ó más almas como, en un plano general, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, preferían la ejecución por medio de un concesionario a la ejecución directa por parte de la Administración⁴⁵⁶.

Destaca BASSOLS COMA⁴⁵⁷ que, tras la guerra civil, la necesidad de implantar la Ley de Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores aprobada por Decreto de 1 de marzo

⁴⁵³ PARADA VÁZQUEZ J R, “La privatización del urbanismo español. Reflexión de urgencia ante la Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y Valoraciones”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998-abril 1999, págs.105-147

⁴⁵⁴ Entendiendo como tal el posterior a la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

⁴⁵⁵ PASCUAL MARTÍN J I, “*Policía urbana y gestión urbanística en la legislación de ensanche y de reforma interior*”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012, págs. 772-773.

⁴⁵⁶ Sobre el urbanismo previo a las Ley de 1956 Vid. GALLEGO CÓRCOLES I, “*Expropiaciones urbanísticas y derecho de reversión*”, Bomarzo, Albacete, 2005.

⁴⁵⁷ BASSOLS COMA M, “Pedro Bidagor: Su contribución a la formación de la legislación urbanística”, en VV.AA., “*Plan Bidagor 1941-1946. Plan General de Ordenación de Madrid*”, Comunidad de Madrid-Editorial Nerea, Madrid, 2003, págs. 100-101.

de 1946 y desarrollada por Decreto de 13 de febrero de 1948 para la urbanización del sector de la prolongación de la Avenida del Generalísimo, permitió la participación de asociaciones de propietarios soslayando así la escasez de recursos de la Administración, siendo un antecedente de la posterior regulación de las Juntas de Compensación.

Si bien en los últimos tiempos se ha desarrollado un debate sobre la actividad urbanizadora, a raíz tanto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001 (C-399/98) y de la polémica sobre el agente urbanizador de la legislación valenciana que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 2011 (C-206/2008) sobre la aplicación de las directivas de contratos públicos a la actividad urbanizadora, no entraremos en ese debate que excede con mucho el objeto de este trabajo⁴⁵⁸. Por ello nos centraremos en las Juntas de Compensación y las Entidades Urbanísticas de Conservación como modalidades de particulares que ejercen funciones públicas, analizando la responsabilidad derivada de su actuación.

10.2. JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y ENTIDADES URBANÍSTICAS DE CONSERVACIÓN. NATURALEZA Y RESPONSABILIDAD.

La iniciativa pública en la ejecución de la urbanización ha experimentado un cambio puesto que, mientras que el artículo 6 y la exposición de motivos del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establecían que *“la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógicamente como físicamente de los límites propios de la propiedad”*. Si bien el nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, no recoge con la misma rotundidad el carácter de servicio público de la acción urbanizadora, el artículo 8 mantiene la iniciativa pública urbanizadora de los entes públicos a los que les corresponde, en todo caso, la dirección de estos procesos tanto en los casos de iniciativa pública como de iniciativa privada.

Tradicionalmente los mecanismos de ejecución en el derecho urbanístico español eran la ejecución directa por la Administración ya sea por medio de la expropiación forzosa, el sistema de cooperación por el que los propietarios encomendaban el proceso de urbanización (singularmente la equidistribución) a la Administración y el más utilizado como era el de

⁴⁵⁸ Vid, por todos: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, Working Paper nº 3, 2011.*

compensación, en el que los propietarios del suelo promueven la urbanización bajo la tutela administrativa.

En este sistema los propietarios se agrupan en una Junta de Compensación cuya naturaleza administrativa no ofrece dudas a la luz de lo dispuesto en el artículo 108.2 de la Ley del Suelo de Madrid *“La Junta de Compensación tendrá la consideración de ente corporativo de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar desde su inscripción administrativa y la de la constitución de sus órganos directivos”* y en el artículo 127 .3 del Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, *“La Junta de Compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.”*

Si bien, como destaca HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO⁴⁵⁹, en un primer momento hubo autores como Díez Pícazo o Martín Mateo que discutieron la naturaleza administrativa de la Junta, no cabe duda de ello tras la regulación contenida en la normativa urbanística que: 1º Hace depender estas entidades de la Administración urbanística actuante que designa un representante y controla la legalidad de su actuación al haber la posibilidad de recurso de alzada contra los actos de aquella; 2º Su constitución, liquidación y modificaciones estatutarias requieren de un acto administrativo de aprobación; y 3º Solo adquieren personalidad jurídica tras su inscripción en un registro administrativo.

Ahora bien, la naturaleza de la Junta de Compensación dista de ser simple.

En 1975 Lliet Borrell⁴⁶⁰ consideraba que estas entidades, a la luz del derecho positivo, debían considerarse como personas jurídico-públicas, de base asociativa, duración limitada y carácter instrumental. Se trataría de entes vicarios de la Administración pública que, además de permitir la participación de los ciudadanos en la gestión local, pueden ejercer funciones administrativas descentralizadas o delegadas, si bien matiza que el que sean entes públicos no quiere decir que su régimen jurídico sea equiparable al de la Administración del Estado y recuerda a estos efectos la doctrina del Consejo de Estado francés en el Arrêt Montpeurt de 31 de julio de 1942.

⁴⁵⁹ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO J, “Régimen urbanístico del suelo. Ejecución de los planes de ordenación urbana. Sistema de actuación”, en VV.AA., *“Derecho Administrativo. Parte especial”*, Carperi, Madrid, 1995, pág. 565.

⁴⁶⁰ LLISSET BORRELL F, “Naturaleza de las entidades urbanísticas colaboradoras”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm.188, 1975, págs. 693-716.

Para RASTROLLO SUÁREZ⁴⁶¹ la naturaleza jurídico-administrativa de las Juntas no es plena y se manifiesta exclusivamente en aquellas actividades que implican el ejercicio de potestades administrativas o la colaboración con la Administración en el ejercicio de alguna potestad. Por ello entiende que su naturaleza, si no formalmente sí al menos materialmente, es híbrida pero, en cualquier caso, al tener una base privada y asociativa y no integrarse en la estructura orgánica del poder público entiende igualmente que no se puede asimilar la Junta de Compensación con la Administración pública⁴⁶².

En cualquier caso, considera que en aquellos casos en los que las Juntas ejerciten potestades administrativas entrarían en el campo de aplicación del artículo 2.2 de la LRJ-PAC. Estaríamos así ante un supuesto de un sujeto vinculado al ejercicio privado de funciones públicas, siendo su personificación jurídico-pública más formal que material en virtud de la base estatutaria privada y estando vinculada al fin de relevancia pública que supone la ejecución de la última de las fases de la función urbanística.

Nos encontraríamos ante un supuesto de autoadministración por el que se atribuye una función pública a los propios particulares interesados sin que ello enerve las facultades de control de la Administración y sin que esta pierda la titularidad de aquella función y las correspondientes facultades, tal y como recuerda FONSECA FERRANDIS⁴⁶³, y al igual que en otros entes privados que desarrollan funciones públicas se plantea el problema de su responsabilidad.

Habida cuenta de la naturaleza híbrida de estas entidades la determinación de la normativa, pública o privada, que les es aplicable no ha dejado de suscitar problemas. Así la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 23 de junio de 2010 (recurso 320/2005) declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones derivadas de un contrato de obra urbanizadora al considerar el contrato como administrativo habida cuenta de la naturaleza administrativa de la Junta y del carácter de obra pública de la construcción que se ejecutaba.

Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, consideró que las Juntas por más que tengan

⁴⁶¹ RASTROLLO SUÁREZ J J, “*Poder Público y propiedad privada en el urbanismo: La Junta de Compensación*”, Reus, Madrid, 2013, págs. 236-245.

⁴⁶² RASTROLLO SUÁREZ J J, *op.cit.*, pág. 163. De igual forma VV.AA. “*Derecho Urbanístico. Guía teórico-práctica*”, (QUINTANA LÓPEZ T (dir.), CASARES MARCOS A B (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Tol 2103636

⁴⁶³ FONSECA FERRANDIS F E, “Ejecución del planeamiento (II): Sistemas de ejecución”, en “Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid”, *op.cit.*, pág. 563.

“*naturaleza administrativa*” al ser entidades “*colaboradoras*” de la Administración ello implica que no formen parte de la misma. Ahora bien, entiende que su actividad como colaboradoras sí tendría carácter administrativo, estando sujeta a esa rama del derecho. En cualquier caso y puesto que su actividad no se financia por los poderes públicos no les sería de aplicación la normativa de contratación pública.

CARBONELL PORRAS⁴⁶⁴ destaca que la actividad de las entidades urbanísticas tiene una doble naturaleza puesto que, de un lado, ejercen funciones públicas, sujetas al derecho administrativo y bajo el control de la Administración pero, por otro, son un cauce para la articulación de las relaciones de los propietarios entre sí y de los mismos con terceros, en cuyo caso se trata de una actividad privada sujeta al derecho privado. Por ello considera, con cita de la sentencia de 24 de mayo de 1994 (recurso 4739/1990) que “*se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego*”.

Como se puede comprobar las dudas sobre el régimen jurídico aplicable son claras lo cual no es de extrañar en un ente de naturaleza “*híbrida*”.

En cuanto a su responsabilidad la normativa urbanística suele establecer (vgr. artículo 130 de la Ley del Suelo de 1976) que la Junta es responsable frente a la Administración urbanística de la ejecución de la urbanización, estando habilitada la Administración, cuando los propietarios incorporados a la Junta no cumplan sus obligaciones legales, para expropiar sus derechos que serán incorporados a la Junta como beneficiaria de la expropiación.

Al igual que en otros supuestos que venimos exponiendo, la dualidad público-privado de estas entidades conlleva el que los perjudicados tengan múltiples problemas para reclamar la responsabilidad ya sea de las Juntas o de la Administración urbanística actuante.

Como hemos visto, cuando se trata de obras de urbanización se considera que estamos ante una obra pública y como tal el criterio último de responsabilidad sería de la Administración titular de la función pública urbanística y bajo cuya dirección y control actúa la Junta. Sin embargo no ocurre así como lo demuestra la resolución del Ararteko de 26 de septiembre de 2007 por la que se recomienda al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián que tramite una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que la Junta se había limitado a contestar que no procedía la reclamación frente a ella al no tener la condición de Administración y el Ayuntamiento, de un lado había desestimado la alzada al considerar que

⁴⁶⁴ CARBONELL PORRAS E, “Entidades urbanísticas colaboradoras”, en “*Fundamentos de Derecho Urbanístico*”, (MARTÍN REBOLLO L, BUSTILLO BOLADO R O, dir.), 2ª edición, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 977-993.

la Junta no había dictado un verdadero acto⁴⁶⁵ y, de otro, había inadmitido sin más la reclamación por entender que la legitimación pasiva correspondía a la Junta.

El defensor del pueblo vasco recuerda la naturaleza de función pública del urbanismo y las funciones de dirección y control que sobre la ejecución de la urbanización corresponden a la Administración y cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de marzo de 2006 (recurso 2385/2003) que sobre esa misma Junta de Compensación recordó que *“Cuestión distinta es que del Ayuntamiento se reclame el ejercicio de las facultades de tutela de las Juntas de Compensación o las competencias que en materia de disciplina urbanística le vienen atribuidas por la legislación sectorial, o, incluso, la responsabilidad patrimonial en que pueda haber incurrido como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos urbanísticos.”*

Considera, por tanto, que una cosa son las relaciones Junta de Compensación-empresa constructora que han de sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria y otra el reclamar de la Administración el ejercicio de sus facultades de tutela o la responsabilidad patrimonial. La negativa de la Administración a tramitar el expediente de responsabilidad es incongruente con sus competencias de supervisión y dirección del proceso urbanizador y claramente contrarias al principio de buena administración.

Se comprueba, una vez más, que esta dualidad titularidad pública-ejecución privada es utilizada por la Administración para incumplir el artículo 106.2 de la CE eludiendo la responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

Todavía más directa es la responsabilidad de la Administración cuando el daño se deriva de los procesos expropiatorios frecuentes en la ejecución del proyecto de compensación en los que resulta como beneficiaria la Junta.

En estos casos la responsabilidad de la Administración es palmaria puesto que la dirección del proceso expropiatorio corresponde exclusivamente a la Administración⁴⁶⁶ como resulta del artículo 2 de la LEF.

⁴⁶⁵ Se había limitado a contestar aportando un informe del Secretario pero no existía acuerdo de la Junta como tal.

⁴⁶⁶ Aun cuando ello parezca evidente no puede dejar de citarse la polémica sobre el pago de los justiprecios de las expropiaciones derivadas de las autopistas radiales de Madrid cuyas concesionarias-beneficiarias de la expropiación incurrieron en concurso de acreedores. Las salas de lo contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid (Auto de 12 de marzo de 2013) y Castilla-La Mancha (Auto de 16 de abril de 2013) procedieron a requerir de pago a la Administración como obligada solidaria sin perjuicio de sus relaciones con los concesionarios-contratistas. Vid. BUSTO LAGO J M, “Los créditos derivados de justiprecios expropiatorios en el concurso de la concesionaria beneficiaria de la expropiación y la tutela constitucional del derecho de propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, págs. 355-399.

Así pueden citarse los dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 21/11, de 2 de febrero y 547/12, de 9 de octubre, que establecen la responsabilidad de la Administración municipal por cuanto la expropiación se realiza bajo la dirección, supervisión, intervención y control de la Administración –artículo 108 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid–, siendo competencia del Ayuntamiento la aprobación del proyecto de compensación. Igualmente recuerda esa responsabilidad subsidiaria de la Administración expropiante la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (recurso 1996/2014).

Un supuesto muy importante de reclamaciones de responsabilidad como consecuencia de la actuación de Juntas de Compensación deriva de una mala ejecución de las obras de urbanización, siendo los casos más frecuentes los de caídas en la vía pública. En estos casos vuelve a repetirse la utilización por la Administración de la actuación de la Junta como un mecanismo para eludir su responsabilidad.

Como es sabido una vez ejecutadas las obras de urbanización y establecidos los correspondientes servicios han de ser cedidos a la Administración urbanística actuante que procederá a su recepción. A partir de ese momento la conservación y la responsabilidad por las obras recepcionadas corresponderá a la Administración sin perjuicio de la posible responsabilidad del urbanizador por la aparición de vicios ocultos.

Como recuerda FONSECA FERRANDIS⁴⁶⁷ hasta la recepción y conforme con lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, el deber de conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los correspondientes servicios corre a cargo del promotor que tiene la obligación de conservarlos en perfecto estado hasta el momento de su cesión a la Administración salvo cuando se trata de servicios municipales obligatorios cuya prestación es siempre municipal aunque no se hayan recepcionado las obras.

En este sentido es muy frecuente que, tratándose de daños causados por obras de urbanización, la Administración municipal trate de desviar la responsabilidad a la Junta de Compensación, siendo bastante habitual en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración acudir a los criterios de la titularidad del servicio y de la puesta a disposición de los ciudadanos.

⁴⁶⁷ FONSECA FERRANDIS F E, “Algunas cuestiones en torno a la recepción de las obras y servicios de urbanización por las entidades locales en los sistemas de gestión de base privada, a partir de la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2002, págs. 365-396.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de enero de 2008 (recurso 15/2002) destaca que la apertura al tránsito público de una acera que es utilizada por los viandantes sin ningún tipo de advertencia o señalización determina la responsabilidad del Ayuntamiento por más que todavía no se hubieran recepcionado las obras puesto que, en definitiva, la calle era utilizada como una más del viario municipal aunque no se hubiera materializado la recepción de las obras de urbanización.

Ahora bien, al igual que los demás supuestos que venimos tratando, la jurisprudencia no tiene la uniformidad que sería deseable y así la sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 3 de junio de 2014 (recurso 7036/2014) considera que las obras de urbanización ejecutadas por la Junta de Compensación no eran una obra pública sino una obra privada de la Junta sin que hubieran sido recepcionadas. Por ello considera que la Administración no ostenta legitimación pasiva sin poder condenar a los demás codemandados puesto que, para ello, era precisa la estimación del recurso contencioso lo que no era posible puesto que el Concello de La Coruña no era el promotor de la obra ni constaba que incumpliera sus deberes de supervisión de la obra privada. Reconoce, no obstante, a la reclamante la posibilidad de ejercer las acciones civiles que considere oportunas frente a la empresa constructora o la Junta de Compensación.

No podemos compartir la solución adoptada por esta sentencia que parte de establecer que la obra de urbanización es exclusivamente privada hasta su recepción por la Administración sin perjuicio de una interpretación integradora con la anterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Esta última parte de la apertura de la obra al tránsito público como acto generador de la responsabilidad de la Administración puesto que de esa forma la obra pasa a formar parte de las infraestructuras públicas⁴⁶⁸. Sin embargo de la sentencia de la Sala gallega se desprende con claridad que la caída se produjo cuando las obras se estaban desarrollando por lo que no estaba la zona abierta a los transeúntes, siendo un claro caso de culpa exclusiva de la víctima.

Por el contrario, el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de junio de 2008 (recurso 297/2007) reconoce la falta de jurisdicción de los tribunales civiles en una reclamación de responsabilidad extracontractual por cuanto “(...) *las Juntas de Compensación constituyen una figura típica de auto administración, es decir, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones inicialmente administrativas. Dichas Juntas de Compensación, que ostentan personalidad jurídica y plena capacidad jurídica para*

⁴⁶⁸ Conviene recordar que el artículo 25.2 d) de la LBRL establece la competencia municipal sobre “*infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.*”

el cumplimiento de sus fines, actúan en lugar de la propia Administración pública, esto es, cuando realizan por encargo de ésta las funciones que en el proceso de ejecución del planeamiento corresponde, según la Ley, a la propia Administración, tienen la consideración de entes de naturaleza administrativa que les asigne la Ley del Suelo.”

En ocasiones la existencia de la Junta es utilizada por la Administración para intentar eludir su responsabilidad incluso después de la recepción de las obras.

En los dictámenes 253/13, de 29 de mayo y 41/14, de 29 de enero, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid analizó una reclamación de responsabilidad por una inundación en un edificio en la cual el Ayuntamiento de Madrid consideraba que la responsabilidad correspondía a la Junta de Compensación por la existencia de vicios ocultos en las infraestructuras de saneamiento. Para el Consejo, si la jurisprudencia ha admitido la responsabilidad de la Administración por obras no recepcionadas, al menos de forma expresa, con mucha mayor razón deberá responder si recepcionó las obras aun cuando se trate de vicios ocultos, tal y como señalaron las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio (recurso 3786/1995) y 18 de septiembre de 1998 (recurso 2382/1992).

Problemas similares plantean las entidades urbanísticas de conservación⁴⁶⁹ que asumen el mantenimiento de la urbanización, una vez que ha sido recepcionada por el Ayuntamiento. Se trata de entidades que asumen esa obligación de mantenimiento pudiendo ser obligatoria la pertenencia a la misma si así viene impuesto en el planeamiento o en una disposición legal.

La legislación urbanística impone a los propietarios el deber de conservación conforme establece el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015. No obstante, estas entidades, además de atender ese deber de conservación, asumen el mantenimiento y conservación de infraestructuras que son competencia de los municipios, de ahí que en estos casos los ciudadanos puedan experimentar daños como consecuencia del funcionamiento de esas infraestructuras o servicios que encajan perfectamente en la definición amplia de servicios públicos a los efectos del artículo 106.2 de la CE, planteándose, una vez más, el problema de la imputación de los daños causados por el funcionamiento de tales servicios.

La mayor parte de los supuestos se han planteado en la práctica en relación con accidentes en la vía pública o bien en relación con daños causados por los sistemas de suministro de agua potable y/o alcantarillado.

⁴⁶⁹ Reguladas en el artículo 70 del Reglamento de Gestión Urbanística.

En la jurisprudencia se observa cómo, en numerosas ocasiones, al demandarse a la entidad local, esta alega una supuesta falta de legitimación pasiva al estar encomendada la conservación de la urbanización⁴⁷⁰ a una entidad privada, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 14 de diciembre de 2006 (recurso 1048/2001) o incluso se defendía por el Ayuntamiento la falta de jurisdicción al tratarse de un mero problema civil⁴⁷¹, como ocurrió en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2006 (recurso 557/2001).

En ambos casos la respuesta de los tribunales contenciosos fue clara. Tanto el viario público como las redes de saneamiento y alcantarillado son servicios públicos que han de prestar de forma obligatoria las entidades locales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la LBRL por lo que el Ayuntamiento ha de responder por los daños que puedan ocasionarse aunque tal servicio se esté prestando por medio de una entidad de conservación por lo que se condena solidariamente al Ayuntamiento y a la entidad de conservación, sin perjuicio, como recuerda la Sala sevillana de las reclamaciones que entre sí puedan ventilar las entidades demandadas⁴⁷².

Esta sin duda alguna es la solución correcta, como venimos afirmando los ciudadanos que reciben daños como consecuencia de la prestación de servicios públicos, tienen un derecho constitucionalmente garantizado a ser indemnizados, con independencia de la concreta modalidad por la que se preste el servicio. Ahora bien, la insatisfactoria regulación en nuestro ordenamiento de los servicios públicos que son prestados por particulares se muestra, una vez más, en las reclamaciones de responsabilidad por daños ocasionados por entidades de conservación.

Así ocurre al analizar el necesario agotamiento de la vía administrativa previa. Como se ha indicado las entidades colaboradoras están bajo la tutela de la Administración urbanística actuante, normalmente la municipal, de tal forma que la solicitud de responsabilidad puede formularse bien ante el Ayuntamiento como Administración titular del servicio o bien ante la entidad urbanística pero, en este último caso, será preciso agotar la vía administrativa mediante la interposición de recurso de alzada ante la entidad local.

⁴⁷⁰ Se trataba de una reclamación por los daños derivados de un accidente que el reclamante consideraba que había sido causado por el mal estado del viario.

⁴⁷¹ El Ayuntamiento consideraba que se trataba de una mera cuestión civil puesto que en definitiva eran unos daños provocados en una finca privada por las filtraciones de agua procedentes de la entidad de conservación, también de naturaleza privada.

⁴⁷² También siguen este mismo criterio las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 30 de abril de 2008 (recurso 201/2007) y Baleares de 10 de mayo de 2011 (recurso 164/2009) y la más reciente de la Sala de Cataluña de 11 de marzo de 2015 (recurso 61/2012).

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de marzo de 2005 (recurso 63/2001), tras una previa declaración de incompetencia de los tribunales civiles, se demandó a la entidad de conservación ante la jurisdicción contenciosa que admitió la legitimación pasiva de tal entidad aun cuando no se había demandado al Ayuntamiento. La Sala considera que, aun cuando no se había agotado la vía administrativa previa, procedía entrar en el fondo puesto que no se había alegado la inadmisibilidad del recurso conforme el artículo 69 de la Ley Jurisdiccional.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2010 (recurso 310/2009) se declara la inadmisión del recurso contencioso al no haberse interpuesto recurso de alzada contra la decisión de la entidad de conservación que rechazó la responsabilidad que se le reclamaba.

Por tanto, cabrían dos posibilidades a la hora de exigir la responsabilidad patrimonial en estos casos, bien plantear la solicitud directamente ante la entidad de conservación cabiendo contra una eventual decisión estimatoria interponer recurso de alzada ante el Ayuntamiento o bien solicitarla ante el Ayuntamiento que debería resolver dando audiencia en el procedimiento a la entidad urbanística.

En ambos casos, a nuestro juicio, debería seguirse el procedimiento administrativo⁴⁷³ incluyendo, en su caso, la consulta al órgano consultivo si la reclamación alcanza la cuantía establecida a tal efecto y si se denegase la responsabilidad en vía administrativa, en el contencioso lo correcto sería demandar a ambos.

No obstante, la práctica judicial nos muestra situaciones conflictivas como es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de junio de 2015 (recurso 15/2015) en el que la resolución del Ayuntamiento desestimando la responsabilidad añadía que correspondería, en su caso, a la entidad. Recurrida la resolución por la entidad de conservación, el recurso se desestima por cuanto la jurisdicción contenciosa no puede hacer pronunciamientos de futuro.

En cualquier caso, los tribunales exigen para que nazca la responsabilidad de la entidad local el que las obras hayan sido recepcionadas por la entidad local, así las ya citadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 30 de abril de 2008 (recurso 201/2007) y Baleares de 10 de mayo de 2011 (recurso 164/2009) y del

⁴⁷³ La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Murcia de 22 de enero de 2008 (recurso 1052/2004) ante una resolución municipal que inadmitía la reclamación de responsabilidad por considerar que correspondía a una Junta de Compensación condena al Ayuntamiento a tramitar el procedimiento.

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Segovia de 13 de mayo de 2011 (recurso 262/2010).

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa que acabamos de exponer que recoge claramente la naturaleza administrativa de estas entidades y su competencia para conocer de la misma no impide que existan sentencias de la jurisdicción civil que enjuician la responsabilidad de estas entidades como es el caso de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Tarragona de 11 de febrero de 2011 (recurso 336/2010) y Madrid de 11 de junio de 2013 (recurso 308/2013).

En suma, nos hallamos, de nuevo, ante la utilización de figuras de derecho privado por la Administración que acaban utilizándose por esta como un medio para el escapismo de su obligación constitucional de responder patrimonialmente por el funcionamiento de los servicios públicos.

Estos intentos de las entidades locales de eludir su responsabilidad se observan igualmente en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración si bien con algunos matices.

Así, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 200/13, de 20 de marzo, reafirmó en relación con la actuación de una Entidad de Conservación lo que consideraba una reiterada doctrina de dicho órgano en cuanto a que las vías públicas por ser de dominio público municipal determinan un deber de la Administración local en cuanto a su mantenimiento en condiciones de seguridad sin perjuicio de que la Administración⁴⁷⁴ pueda posteriormente repetir contra el prestador del servicio público por considerar que la causa determinante del daño fue, precisamente, la transgresión de obligaciones asumidas por éste en el vínculo establecido al efecto⁴⁷⁵.

El mismo criterio se mantienen en el Dictamen 276/2014, de 15 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana que destaca que el accidente por el que se reclama la responsabilidad del Ayuntamiento ocurrió en “*lugar público*”, en un “*suelo urbano que se designa como calle*”, existiendo un deber de los servicios municipales de vigilancia de las

⁴⁷⁴ En este caso la situación se complicaba aún más por cuanto se trataba de la Entidad de Conservación de la Urbanización Eurovillas. Esta urbanización que se extiende por dos términos municipales (Nuevo Baztán y Villar del Olmo) fue inacabada por sus promotores de tal forma que la Comunidad de Madrid al tratarse de una entidad supramunicipal asumió la condición de Administración urbanística actuante.

⁴⁷⁵ Dictamen 130/10, de 19 de mayo.

vías públicas en cuando a que estén en condiciones adecuadas y sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra la entidad que tenía encomendado el deber de conservación⁴⁷⁶.

Este criterio de la recepción de las obras de urbanización es utilizado por el Consejo Consultivo de Andalucía en los dictámenes 226/2005, de 30 de junio, 262/2008, de 30 de abril y 79/2016, de 27 de enero, desestimando la imputación de la responsabilidad al Ayuntamiento toda vez que las obras de urbanización no habían sido recepcionadas y la normativa urbanística andaluza establece que antes de la recepción el deber de conservación corresponde a la persona o entidad ejecutora de la urbanización sin que sea admisible que la competencia genérica del municipio respecto a la ordenación del tráfico y personas en las vías urbanas hagan a estos responsables de todas las obras que se realicen en ejecución del planeamiento urbanístico aprobado.

Esta doctrina no deja de plantear numerosas dudas. Como hemos visto la recepción de las obras es ciertamente un título de imputación de la responsabilidad al Ayuntamiento, pero no es el único tal y como ha reconocido la jurisprudencia, destacando a estos efectos el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por otra parte, el Consejo Andaluz no duda en aplicar como título de imputación en las caídas en las vías urbanas el artículo 92 2, párrafos e) y f), del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que recoge como competencias propias de los Ayuntamientos “*la conservación de vías públicas urbanas y rurales*” y “*la ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas*”.

Es por ello que parece razonable aplicar un criterio en favor de la víctima de tal forma que, si la calle se encuentra abierta al público con pleno conocimiento del Ayuntamiento, se puede entender que ha existido una recepción tácita de las obras de urbanización⁴⁷⁷.

A mayor abundamiento, tal y como hemos indicado, FONSECA FERRÁNDIS destaca que existe responsabilidad de la Administración local, aunque no se haya recepcionado la

⁴⁷⁶ El Consejo valenciano considera igualmente en el Dictamen 727/2013, de 27 de diciembre, que la falta de recepción de las obras de urbanización no le exonera de responsabilidad máxime cuando la zona está abierta al público.

⁴⁷⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (recurso 1184/2012) recuerda que si bien la jurisprudencia sobre la base de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento de Gestión Urbanística viene exigiendo la recepción expresa y formal de tales obras también admite la recepción tácita en supuestos excepcionales, ya sea mediante la realización de actos inequívocos o concluyentes que lo acrediten o en los supuestos en los que haya mediado requerimiento a la Administración y esta haya hecho caso omiso, produciéndose el silencio administrativo. Un estudio detenido de estas recepciones tácitas en: SUÁREZ OJEDA M, “Sobre la cesión tácita de las obras de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril 1996, págs. 195-220.

urbanización si se trata de servicios públicos de prestación obligatoria conforme la legislación de régimen local.

CAÑETE SÁNCHEZ⁴⁷⁸ destaca que la mayoría de la jurisprudencia se inclina por imputar la responsabilidad partiendo de la titularidad administrativa del servicio público especialmente desde el momento en que las obras de urbanización han sido recepcionadas expresa o tácitamente si bien destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998 (recurso 7159/1991) que considera que la notoria existencia de una entidad urbanizadora encargada de la conservación permite entender que rompe el nexo causal con la Administración.

En definitiva, el examen de estas figuras y de los problemas prácticos que supone la exigencia de su responsabilidad, tanto en vía administrativa como ante los tribunales de justicia, permite comprobar la existencia de una serie de problemas recurrentes en los supuestos en los que la Administración actúa a través de entes privados o incluso entes públicos de naturaleza asociativa privada como los que acabamos de exponer.

Así existe una clara línea de las entidades locales de eludir su responsabilidad alegando una falta de legitimación pasiva y, de otro lado, ante las reclamaciones de los particulares, las entidades urbanísticas o no contestan o rechazan su responsabilidad pero sin tramitación procedimental alguna y, desde luego, sin la garantía procedimental del órgano consultivo. Es decir, se priva a determinados ciudadanos del derecho al procedimiento administrativo del artículo 105 de la CE y se les coloca en peor condición que aquellos que reciben el mismo servicio público prestado directamente por la entidad local.

Las entidades locales tampoco ejercen una tutela efectiva sobre la actividad de las entidades urbanísticas colaboradoras y ello pese a que estas ejercen por delegación funciones públicas competencia de las entidades locales. El círculo de confusión se complementa con los tradicionales problemas de determinación de la jurisdicción competente puesto que de la responsabilidad de estas entidades conocen tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como en ocasiones los tribunales civiles.

Una situación, una vez más insatisfactoria, que no hace sino complicar las reclamaciones de las víctimas y generar litigiosidad en detrimento de la seguridad jurídica exigible en un Estado de Derecho.

⁴⁷⁸ CAÑETE SÁNCHEZ J A, “El deber de conservación de la urbanización y responsabilidad patrimonial: especial referencia al régimen urbanístico de Andalucía tras las últimas reformas operadas por Ley 2/2012, de 20 de enero, y los Decretos 60/2010 y 2/2012”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm.8, 30 abril-14 mayo 2012, págs. 981 y ss.

CONCLUSIONES

1. No cabe duda que estamos ante un momento de transición en lo que es la concepción del Estado y sus relaciones con los ciudadanos a la hora de la prestación de servicios a los mismos.

El Estado liberal surgido a comienzos del siglo XIX dio paso tras la segunda guerra mundial al llamado Estado social en el que el Estado asumía un papel prestacional hacia los ciudadanos. Esta concepción del Estado otorgó una mayor legitimidad democrática al poder público puesto que permitía una mayor solidaridad social y, en definitiva, una mayor participación de los ciudadanos ya que trataba de reducir las diferencias sociales por lo que asumió múltiples compromisos tanto en materia sanitaria, educativa de asistencia social, etc. que se añadieron a las clásicas funciones del Estado en cuanto al ejercicio de poderes de policía o fomento.

No obstante, esa concepción generó importantes problemas tanto económicos como organizativos que dieron lugar a que se generase desde finales de los años 70 y principios de los 80 del pasado siglo un movimiento a favor de una reducción de la intervención del Estado en la sociedad.

2. La privatización en cuanto fenómeno ideológico y político que busca redefinir las fronteras entre Estado y sociedad civil tiene sin duda argumentos a favor y en contra, pero en un Estado Social y Democrático de Derecho ello no debería suponer una merma de garantías jurídicas de los ciudadanos.

En este sentido, el análisis de algunas experiencias en el derecho comparado muestra cómo en numerosos casos de privatización o externalización existe una importante carencia de controles de calidad de la prestación. La Administración contrata, pero no solo no instaura mecanismos que aseguren que la prestación es correctamente desarrollada sino que, en ocasiones, los propios organismos de la Administración no conocen cuales son los deberes de las entidades que prestan los servicios de tal forma que no pueden controlar su actuación ni, por consiguiente, garantizar los derechos de los ciudadanos.

De otro lado, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que destaca que los derechos sociales de naturaleza prestacional consagrados en la Constitución no comprenden un supuesto derecho a que los mismos sean prestados directamente por la Administración.

El Estado Social actual pasa a tener no tanto una función de prestación como una función de garantía. En los casos en los que los servicios públicos se prestan por particulares, el Estado debe asumir la función de garantizar la correcta prestación de esos servicios, de los cuales continúa siendo titular y para cuya prestación ha contratado con un tercero.

3. En los últimos tiempos se ha pasado a una extraordinaria utilización por la Administración de mecanismos jurídico-privados para el desarrollo de sus fines, especialmente mediante la creación de entidades de derecho privado.

La creación de estos entes originó un rechazo importante en la doctrina administrativa que calificó el fenómeno como una “*huida del derecho administrativo*” pero el fenómeno ha seguido creciendo y no solo se crean estos entes para actuar en relaciones de derecho privado, sino que cada vez más, ya sea de forma abierta o subrepticia, se atribuyen funciones públicas a estas entidades que actúan como verdaderas Administraciones por más que la legislación de procedimiento administrativo se preocupe por excluirlas, al menos formalmente, del concepto legal de Administración pública.

Es más, el polémico artículo 112 de la LRJSP les atribuye sin disimulo alguno la posibilidad de ejercer potestades administrativas por más que se añada que no podrán implicar el ejercicio de autoridad pública.

No cabe duda que la realidad fáctica nos muestra que estas entidades públicas carecen de una verdadera autonomía de gestión frente a la Administración territorial de la que dependen que designa sus órganos directivos, que incluso comparten con frecuencia, y que fija sus objetivos y líneas de actuación. De esta forma la autonomía de estas sociedades se limita a eludir los requisitos de contratación amparándose en el derecho privado, elusión que, si bien ha sido eliminada en materia de contratación pública, todavía se produce con gran frecuencia en materia del personal a su servicio.

Sin embargo, esa autonomía y su personalidad jurídico-privada son utilizadas a la hora de responder por los actos dañosos ocasionados en la prestación de servicios públicos.

Es necesario distinguir dos tipos de sociedades públicas; de un lado aquellas que crea la Administración, normalmente la estatal o la autonómica, con la finalidad de intervenir en la economía y que están en competencia con otras empresas privadas; de otro, las sociedades públicas creadas por la Administración con la finalidad de gestionar un servicio público, como puede ser el suministro de agua potable o la construcción y conservación de infraestructuras públicas.

En el caso de las primeras es evidente que su actividad es estrictamente privada por lo que no entran dentro del campo de aplicación de la garantía del artículo 106.2 de la CE. El régimen jurídico de su responsabilidad debe ser el mismo que el de cualquier otra empresa privada, es decir, los artículos 1902 y siguientes del CC debiendo exigirse directamente ante los tribunales civiles.

Sin embargo, tratándose de sociedades mercantiles públicas y lo mismo cabría decir de las entidades públicas empresariales que gestionan servicios públicos en nombre y por cuenta de la Administración territorial de la que dependen, no puede admitirse la situación actual en la que se priva al perjudicado de las garantías que supone el instituto de la responsabilidad patrimonial.

Si bien es cierto que los perjudicados tienen la garantía de los tribunales, se plantea el problema de si demandar a la sociedad pública ante los tribunales civiles o demandar a la Administración y a la sociedad ante la jurisdicción contenciosa. Ambas vías no dejan de ser problemáticas por cuanto la primera priva al perjudicado de la posibilidad de obtener una solución sin necesidad de afrontar los costes del proceso y la segunda el que, como se ha expuesto, algunos tribunales contenciosos se resisten a condenar a sujetos privados.

Tal y como hemos señalado, algunos tribunales han dictado sentencias condenando a la Administración en cuanto titular del servicio pero, como se puede comprobar con la lectura de sus fundamentos jurídicos, la decisión se toma influenciada más por los concretos detalles del caso y la indefensión en que ambas entidades públicas habían dejado a la víctima que por unos argumentos legales totalmente coherentes.

Esta tensión entre una legalidad que no da una respuesta clara y la necesidad de proteger a las víctimas se aprecia también en alguna doctrina que aboga por establecer una responsabilidad subsidiaria de la Administración tal y como ocurre en el sistema francés.

En realidad, esta dista de ser una solución aceptable y eficaz. En teoría esa responsabilidad sería de aplicación en los casos en los que la sociedad mercantil pública fuese insolvente, lo cual, si bien es jurídicamente posible, se trata siempre de una situación excepcional. Los problemas que sufren los ciudadanos en sus reclamaciones de responsabilidad con las sociedades mercantiles públicas suelen ser de otro tipo y no motivados por la insolvencia.

Además, si se admite la responsabilidad, aunque sea subsidiaria, de la Administración se está reconociendo que existe un título de imputación de la misma por lo que no se acierta a

entender que se opte por defender una responsabilidad subsidiaria cuando es un criterio tradicional de nuestro ordenamiento jurídico el establecer la solidaridad en la responsabilidad extracontractual para lograr así una mejor protección de la víctima.

En cuanto a la argumentación que excluye la responsabilidad de la Administración afirmando que, en caso contrario, se eliminarían las ventajas de la externalización entendemos que debe rechazarse ya que, si bien es ciertamente pragmática, casa mal con un Estado de Derecho que propugna como principio esencial el de la responsabilidad de los poderes públicos.

La solución más adecuada sería el que las reclamaciones de responsabilidad por la actuación de estas entidades se tramitasen por la Administración territorial en cuanto tuteladora de la sociedad mercantil y, al mismo tiempo, titular del servicio público prestado lo que la convierte en responsable última ante los ciudadanos.

Esta, en el procedimiento administrativo, solicitaría los informes pertinentes a la sociedad y decidiría si existe tal responsabilidad en cuyo caso establecería la indemnización a abonar al perjudicado, deber de indemnizar que recaería en la sociedad pública y, solo en el supuesto verdaderamente excepcional que esta no abonase la indemnización, procedería su pago por la Administración territorial.

Esta solución permitiría cumplir los preceptos constitucionales que declaran la responsabilidad de la Administración en la prestación de los servicios públicos y lograr tanto una mayor protección de los ciudadanos como una Administración más eficaz puesto que se evitaría en numerosos casos, especialmente los de pequeña cuantía, el tener que acudir a la vía judicial que con frecuencia sería antieconómica para la víctima al ser mayores los costes del proceso que la cantidad reclamada.

Además, este procedimiento sería consecuente con el nuevo artículo 35 de la LRJSP que establece que en los casos en los que la Administración actúe a través de una entidad de derecho privado en relaciones de esta naturaleza procederá la aplicación de los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

Este artículo, aun cuando es ciertamente oscuro, permite atisbar un interés del legislador en aplicar los principios de la responsabilidad patrimonial de la Administración a las relaciones de derecho privado en las que actúe la Administración directamente o por medio de sujetos de derecho privado.

Igualmente es destacable que el artículo 115 de la LRJSP, al contemplar la responsabilidad de los miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles designados por la Administración establece la responsabilidad directa de la Administración que podrá, si es empleado público, ejercitar la acción de regreso en los mismos términos establecidos en la legislación de procedimiento administrativo.

No es razonable pensar que la Administración asuma la responsabilidad en casos de administración desleal ante posibles acreedores de la empresa y no asuma ningún tipo de responsabilidad ante los ciudadanos que resultan lesionados en servicios públicos prestados por ese tipo de empresas.

Por ello entendemos que la Administración no puede escudarse en la personalidad jurídica privada propia de estas empresas como una forma de eludir su responsabilidad exigible *ex constitutione*. Ello no quiere decir que las posibles indemnizaciones tengan necesariamente que abonarse con cargos a los presupuestos de la Administración pero sí que esta debe garantizar a los ciudadanos tanto una respuesta sobre si procede la responsabilidad con la consiguiente indemnización como una garantía de esta indemnización si no es abonada por la sociedad mercantil pública causante del daño.

4. En realidad todo ello debería formar parte de un replanteamiento de lo que debe ser hoy día la Administración institucional. La nueva LRJSP introduce algunas novedades pero reproduce sustancialmente el régimen de la LOFAGE que, a su vez, se inspiraba en gran medida en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958. Evidentemente, ese replanteamiento excede con mucho el objeto de este trabajo pero entendemos que, más allá de formas jurídicas y de denominaciones de estos entes, la idea básica sería garantizar el que los ciudadanos tuviesen el mismo nivel de derechos cuando los servicios públicos sean prestados por alguna de estas entidades que cuando lo sean por los servicios propios de la Administración territorial.

Esta reforma cobra sentido cuando en los últimos años se ha procedido, por imperativo de las Directivas europeas de contratación así como por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a sujetar a las entidades de derecho privado a las mismas normas de preparación y adjudicación de los contratos que a las Administraciones públicas, en cuanto poderes adjudicadores.

Esa sujeción se ha llevado a cabo por exigencias de la consecución del mercado único y para favorecer así a los licitadores que ven garantizado su acceso a las licitaciones en

condiciones de igualdad y con la garantía de un sistema de reclamaciones, a través de órganos administrativos independientes como son los tribunales administrativos de contratación, que permite una respuesta rápida y sin excesivos costes económicos a las reclamaciones interpuestas. Es decir, se extiende así un régimen de recursos administrativos a las decisiones tomadas por las entidades de la Administración ya estén sujetas al derecho administrativo o al privado.

Una solución similar pero sin necesidad de la creación de estructuras administrativas nuevas es lo que entendemos que procede para la responsabilidad extracontractual de estos entes.

5. El problema se agrava aún más en el caso de los contratistas y concesionarios. Desde su nacimiento, el Estado ha precisado la colaboración de contratistas privados, utilización que ha llegado a cotas inmensas (en España se suele calcular en un 17% del PIB el importe de la contratación pública) como consecuencia de la conjunción del fenómeno de la privatización con el mantenimiento del Estado social.

Al reconocerse en 1954 con la promulgación de la LEF la responsabilidad patrimonial de la Administración española se estableció un sistema coherente por el cual la Administración concedente resolvía las reclamaciones de responsabilidad formuladas frente a los concesionarios. La Ley partía sin duda de que la posibilidad de daños a particulares existía en los contratos de concesión de servicios públicos en tanto que en el resto de contratos la destinataria de los servicios prestados era la Administración.

El conflicto surge con la posterior legislación de contratos públicos que estableció como principio general el de la responsabilidad del contratista salvo que este cumpliera órdenes de la Administración o existiesen vicios del proyecto. Esa regla que obedece a la tradicional utilización del contrato de obras como modelo para todos los demás contratos ofrece innumerables problemas en la práctica.

En primer lugar, los dos supuestos que contempla son prácticamente de laboratorio. Es muy difícil encontrar un caso en el que la Administración ordene directamente al contratista que cause un daño y los vicios del proyecto, además de exigir una compleja actividad probatoria, no pueden dejar a un lado el que el citado proyecto fue aprobado por la Administración, con lo cual existe una concurrencia de culpas que reconoce la propia legislación de contratos.

De otro lado la normativa establece un cauce procedimental que ha generado un verdadero caos en la exigencia de la responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la ejecución de contratos públicos.

No es un sistema admisible el que esa vía sea meramente potestativa y que tan solo sirva para determinar si la responsabilidad es del contratista o de la Administración, requiriendo en este último caso la tramitación de un nuevo procedimiento de determinación y valoración de esa responsabilidad y, en caso de que la responsabilidad se atribuyera al contratista, dejando abiertos múltiples interrogantes como si la Administración puede determinar la responsabilidad que ha de abonar el contratista y la jurisdicción competente.

En cuanto a esta última, la reforma de la LOPJ unificó el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa incluso cuando concurriesen particulares pero ello no solucionó el problema.

Antes al contrario, la jurisprudencia contencioso administrativa retrocedió en los criterios de imputación por culpa *in vigilando* que venía aplicando la jurisprudencia civil. De otro lado se generó una multitud de criterios jurisprudenciales distintos sobre si cabía admitir que la Administración declarase la responsabilidad del empresario, se procedió a declarar la responsabilidad de la Administración en todo caso si esta no resolvía expresamente la Administración, se planteó si la responsabilidad del contratista debía ser subjetiva conforme los criterios del CC o si debía ser objetiva, como lo es, en principio, la de la Administración pública.

Si a esto se suma el que el Tribunal Supremo ha seguido dos líneas jurisprudenciales distintas cabe concluir que nos hallamos ante una situación de tremenda incertidumbre en la que los ciudadanos no saben ni cómo plantear la reclamación a la Administración, ni a que tribunales han de acudir ni cuál será el criterio que estos adoptarán al enjuiciar la pretensión.

Tampoco es aventurado afirmar que ni la Administración ni los tribunales tienen una clara conciencia de cómo abordar estas reclamaciones.

También ha de destacarse que, en numerosos casos, el ciudadano no conoce la existencia de un contratista de la Administración. Si una persona sufre un accidente en una carretera por una deficiente conservación no puede exigírsele que averigüe si ese tramo de carretera es objeto de un contrato de obras de conservación o si esta corre directamente a cargo de servicios propios.

De igual forma no parece razonable colocar en distinta posición jurídica a los ciudadanos que reclaman por daños causados en la prestación de servicios públicos en función de si se prestan de forma directa o indirecta.

No es ya la polémica sobre si la responsabilidad de la Administración es objetiva y la de los contratistas subjetiva. A nuestro juicio esa polémica plantea cada vez menos problemas por la paulatina aproximación entre ambas formas de responsabilidad, no solo por la cada vez mayor objetivización de la civil sino especialmente porque la responsabilidad de la Administración se ha racionalizado mediante la aplicación de la doctrina de los estándares de funcionamiento.

El problema radica en que mientras el ciudadano que recibe el servicio en régimen de gestión directa sabe a quién tiene que reclamar, disfruta de las ventajas del procedimiento administrativo y, en ciertos casos, la garantía del dictamen del órgano consultivo de la Administración, de tal forma que, incluso en el caso de que la resolución sea desestimatoria, tiene suficientes elementos de juicio para acudir a los tribunales de justicia, por el contrario aquel que recibe el servicio por medio de un contratista, a menudo desconoce la identidad de este, tampoco conoce el concreto contenido del contrato ni las específicas obligaciones del contratista que puedan venir recogidas en los pliegos.

Tampoco dispone de una vía adecuada puesto que la vía opcional establecida en la legislación de contratos puede acabar concluyendo que la responsabilidad es del contratista y, por el contrario, los tribunales civiles pueden considerar que es de la Administración sin que puedan condenarla. En estos casos es evidente que la Administración y la empresa contratista tratan simultáneamente de arrojar la responsabilidad a la otra parte.

Llegados a este punto no cabe sino partir de la garantía institucional recogida en el artículo 106.2 de la CE. Este precepto constitucional consagra el derecho de los ciudadanos a que la Administración responda por los daños causados en la prestación de los servicios públicos. Ciertamente añade que esa responsabilidad será en los términos fijados por la Ley pero esa remisión no puede ser una carta blanca para exonerar de responsabilidad a la Administración en los casos en los que el servicio se preste de forma indirecta a través de un particular o para colocar en una situación distinta a ese particular ya que una Ley que tratase desigualmente a los ciudadanos en ambos casos vulneraría la igualdad en la Ley del artículo 14 de la CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

El artículo 106.2 de la CE no puede ser una mera declaración de intenciones ni un cheque en blanco a una regulación legal que, por ejemplo, mediante una definición estricta del

concepto de Administración pública, deje al margen de la garantía constitucional todos aquellos servicios públicos que no sean prestados de forma directa por las Administraciones territoriales o los cada vez más inusuales entes de la Administración institucional sometidos al derecho público, básicamente los organismos autónomos o entes similares en las Comunidades Autónomas.

En estos casos una línea jurisprudencial considera que, si se acredita la relación de causalidad del daño con el funcionamiento del servicio público y que el daño reviste la condición de antijurídico, ha de declararse la responsabilidad de la Administración como titular del servicio sin perjuicio del derecho de esta a repetir frente al contratista.

Este criterio es mucho más conforme con los principios constitucionales que hemos citado y con el que adopta el legislador cuando se trata de la responsabilidad de los funcionarios. Es cierto que, en este caso, solo procede la acción de regreso cuando el funcionario haya obrado con dolo o culpa grave pero el carácter profesional, independiente y con ánimo de lucro de las empresas contratistas justifica el que se les imponga con carácter general la responsabilidad que, habida cuenta de la teoría de los estándares de funcionamiento, coincidirá con las prescripciones técnicas encomendadas por la Administración en los pliegos. Tan solo en los casos excepcionales en los que se tratase de una responsabilidad objetiva pura la Administración respondería sin existir un derecho de repetición frente al contratista.

En este sentido es decepcionante la regulación de la nueva LRJSP que en el artículo 32.9 se limita a indicar que se seguirá el procedimiento establecido en la legislación de procedimiento administrativo cuando los daños y perjuicios causados a terceros en la ejecución de contratos administrativos sean debido a ordenes directas e inmediatas de la Administración o a vicios del proyecto sin perjuicio de las especialidades recogidas en la legislación de contratos públicos.

Es decir, la nueva regulación mantiene la actual situación de confusión existente en la actualidad pese a las sugerencias formuladas nada menos que por el Consejo General del Poder Judicial en el procedimiento administrativo de elaboración del proyecto de ley.

En definitiva, es esencial que el legislador afronte una regulación específica de la responsabilidad de los contratistas. No es solo una reivindicación del órgano rector de un poder constitucional como es el judicial sino que es una necesidad evidente en un Estado que pretende seguir siendo social pero prestando los servicios mediante el sector privado.

Esa reforma debería realizarse aprovechando la necesaria adaptación del ordenamiento español a las nuevas Directivas comunitarias de contratación pública y permitiría adaptar la legislación española de contratos públicos, no solo una vez más en cuanto a la adjudicación de los contratos públicos sino también en cuanto a su ejecución, aspecto en el que el derecho español a diferencia de otros derechos europeos, tiene una regulación específica y que precisa abandonar su régimen actual prácticamente idéntico al de la Ley de Contratos del Estado de 1965 para adaptarse a la realidad actual, a lo que se ha denominado “*gobierno mediante contratos*” teniendo como objetivo principal la defensa de los intereses de los ciudadanos.

Resultaría además inverosímil que los tribunales penales declaren la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración como consecuencia de ilícitos penales cometidos tanto por empresas contratistas como por el personal de las mismas toda vez que el artículo 120 del CP alude expresamente a los “contratados” de la Administración.

No existe razón lógica alguna para que el perjudicado por un acto dañoso de un contratista de la Administración reciba mejor trato por el mero hecho de que los tribunales penales encajen esos hechos en un ilícito penal, que puede ser y la mayor parte de las veces así será, meramente culposo y, en cambio, la Administración pretenda exonerarse de toda responsabilidad si los hechos no son considerados como delito o falta.

No se trata solo de beneficiar a los ciudadanos que han recibido daños por el funcionamiento de un servicio público sino que esta reforma permitiría, además, un mayor control de la ejecución de los contratos públicos lo que, en definitiva, iría en beneficio de la efectividad del gasto público exigida por el artículo 31 de la CE. Además las nuevas Directivas eliminan el contrato de gestión de servicios públicos con lo que se podría dictar una regulación uniforme para todos los servicios públicos.

6. Un caso específico en el que se observa la insuficiencia de la regulación actual que, en realidad, parece buscada a conciencia por el legislador como una forma de diluir la responsabilidad de la Administración mediante su desviación a otros sujetos, es el de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración General del Estado.

La reforma de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999 trató de unificar, a través de la introducción de una disposición adicional 12ª, todas las reclamaciones por la prestación de asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud en la jurisdicción contenciosa y ello con independencia de que la asistencia se prestara por medio de centros concertados.

Esa unificación se ve enturbiada tanto por esta atribución y la sustracción a la jurisdicción contenciosa de las reclamaciones de responsabilidad por la asistencia prestada por las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social procediéndose a su atribución a la jurisdicción social. De hecho, la citada disposición adicional ha desaparecido de las nuevas LPACAP y LRJSP.

Esta ruptura de la unificación de la responsabilidad patrimonial atribuyendo al orden jurisdiccional social el conocimiento de la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada por las Mutuas representa un grave error por cuanto distingue jurisdiccionalmente entre la asistencia prestada por contingencias comunes del sistema de Seguridad Social y la prestada como consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Se rompe así, sin un motivo claro y/o justificado, con una unidad jurisdiccional que puso término a una guerra de jurisdicciones que volverá a surgir porque en numerosos casos el daño tiene su origen tanto en la actuación de los servicios sanitarios contratados por las Mutuas como por los servicios sanitarios públicos.

La responsabilidad patrimonial y especialmente la sanitaria precisa de unos criterios comunes tanto a la hora de determinar la antijuridicidad del daño mediante la aplicación de la *lex artis* como a la hora de valorar el daño mediante la aplicación orientativa del baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico. Atribuir el conocimiento de la responsabilidad a órdenes jurisdiccionales distintos no supone más que abrir la puerta a la inseguridad jurídica.

7. Otro supuesto en el que la Administración ha traspasado parte de sus funciones a entidades privadas es el de las entidades colaboradoras a su vez íntimamente unidas al cambio de modelo en la actividad administrativa de control llevado a cabo como consecuencia de la denominada “*Directiva de servicios*” o “*Directiva “Bolkenstein”*”.

La implantación de un sistema de declaraciones responsables fomenta el que los interesados obtengan una verificación de los requisitos precisos para el funcionamiento de sus actividades por parte de alguna de estas entidades colaboradoras que serán autorizadas para ejercer su actividad por la Administración.

En estos casos habrá que distinguir si quien solicita la responsabilidad es el titular de la actividad que contrató los servicios de la entidad colaboradora en cuyo caso estaremos ante una responsabilidad contractual entre ambos sin que exista ningún tipo de responsabilidad por

parte de la Administración. Esa reclamación se sustanciará partiendo de lo acordado por las partes en el contrato y por lo dispuesto en los artículos 1104 y siguientes del CC.

Si se trata de responsabilidad reclamada por terceros no parece que la Administración pueda escudarse en la entidad colaboradora para excluir su responsabilidad.

En estos casos podría apreciarse una culpa *in eligendo* habida cuenta que es la Administración quien seleccionada a estas entidades y, como ha destacado alguna autora, incluso les proporciona formación y criterios de actuación.

Ahora bien, los casos más importantes se producirán cuando el daño se produce sin que la Administración haya ejercitado su potestad de inspección sobre la actividad. El nuevo sistema de control *a posteriori* ha merecido importantes críticas por cuanto no garantiza el que la Administración ejerza su función inspectora y si bien no puede decirse que exista un derecho subjetivo de los ciudadanos a pedir su exigencia parece lógico que si la Administración no ejercita su potestad de inspección pese a la existencia de denuncias procederá declarar su responsabilidad por los posibles hechos dañosos ocasionados por tal actividad.

Además no puede olvidarse que estos entes ejercen funciones públicas expresamente autorizados por la Administración y bajo su vigilancia. Resultaría incoherente mantener que la Administración puede revocar decisiones de los órganos colaboradores pero que no pueda determinar la posible responsabilidad de estos órganos por daños que reciban los ciudadanos derivados de su actuación.

El constante incremento de la utilización de estas figuras requiere un marco jurídico claro que establezca los controles de la Administración y los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con estos sustitutos de la Administración, derechos entre los cuales cobra un especial valor la reparación de los daños ocasionados por su actuación.

La regulación de las entidades de control en el ámbito de la inspección de buques permite advertir cómo el propio derecho europeo ha tomado conciencia de esta necesidad, si bien a costa de la producción de importantes accidentes que ocasionaron múltiples daños sin que existiera un adecuado sistema de reparación.

La falta de un adecuado sistema de responsabilidad puede conducir a que el sistema de control *ex post* termine simplemente por suponer una falta total de control ya que la Administración no responderá y la entidad colaboradora tampoco puesto que dispondrá de un

seguro de responsabilidad civil que abonará finalmente la indemnización de tal forma que la entidad tan solo experimentará una posible subida de los costes del seguro.

Para ello la víctima deberá intentar que se declare la responsabilidad de la Administración, demandar en vía civil al titular de la actividad causante del daño, a la entidad colaboradora y a su aseguradora con los elevados costes del proceso civil tanto en la instancia como en vía de recurso, proceso en el cual los demandados pretenderán desviar las culpas a la Administración que no es parte en el proceso.

Evidentemente esa situación no es propia de un Estado de Derecho ni tampoco puede decirse que cumpla la garantía del artículo 106.2 de la CE. La excusa en cuanto a que el artículo 106.2 de la CE sólo es aplicable a las Administraciones no cuadra con que estas actividades estén sometidas a la intervención de la Administración siquiera sea de forma indirecta a través de estas entidades.

Entendemos que debería articularse un mecanismo por el que la Administración pudiese declarar la responsabilidad de estas entidades sin perjuicio de la responsabilidad directa de la Administración cuando no ejerza su potestad de inspección pese a disponer de información que permita entender que existe un incumplimiento normativo.

Esta regulación podría y debería hacerse en el marco de una regulación general de la actividad inspectora de las Administraciones públicas, reclamada por la doctrina, que cerrase el marco abierto por la normativa, tanto estatal como autonómica, que transpuso la Directiva de servicios y que eliminó en multitud de ámbitos la exigencia de licencia previa.

8. La problemática que analizamos también se plantea en supuestos tradicionales como son los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles donde se observan, una vez más, las tensiones entre público y privado.

En estos casos su normativa específica prevé vías específicas para exigir su responsabilidad a través de los Colegios profesionales y en el caso de los Registros se ha admitido la posible responsabilidad de la Administración. Este sistema que funciona de forma correcta en la práctica y que garantiza una adecuada protección de los usuarios del servicio podría servir de pauta (con las necesarias adaptaciones y modificaciones) para otros ámbitos en los que la Administración actúa a través de sujetos sometidos al derecho privado.

9. Algo parecido sucede en las entidades urbanísticas colaboradoras. Nuestro derecho urbanístico desde la Ley de 1956 ha venido manteniendo que la urbanización es una función pública pero reconociendo un importante papel a los propietarios del suelo.

En los casos en los que la urbanización y/o su conservación se encomienda a asociaciones de propietarios como son las Juntas de Compensación y las Entidades Urbanísticas de Conservación, se plantea igualmente la exigencia de responsabilidad por los daños causados por su actuación.

En este caso es necesario destacar que la legislación urbanística ha venido estableciendo expresamente la tutela de la Administración competente sobre estas entidades. Por ello sería lógico, que las entidades tramitasen los expedientes de responsabilidad con la posibilidad del mencionado recurso o bien que, especialmente en los casos de conservación de la urbanización, las reclamaciones de responsabilidad fuesen tramitadas y resueltas directamente por la Administración con informe de la entidad urbanística.

10. En todos estos casos debería darse una respuesta normativa adecuada que permita: 1) Que los ciudadanos tengan claro a quien procede reclamar; 2) Que exista un procedimiento que sin necesidad de acudir a los tribunales les permita obtener una respuesta a su reclamación; 3) Que garantice en última instancia que el perjudicado obtiene la indemnización gracias a la Administración y 4) Que delimite con claridad el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la civil.

No se trata de que la Administración actúe como una aseguradora universal de todos los daños ocasionados por estos sujetos. Evidentemente es un principio general del derecho el que cada persona es responsable de sus actos sino que se trataría de articular un mecanismo por el que la Administración en estos casos determinase si la responsabilidad corresponde al sujeto privado o a ella misma, determine la indemnización a la que tiene derecho la víctima y garantice que, en última instancia, recibe la indemnización que le corresponde.

Una de las más importantes garantías que ha establecido nuestro ordenamiento jurídico es el reconocimiento de un régimen de responsabilidad patrimonial garantista para los ciudadanos. Es garantista no tanto porque la responsabilidad de la Administración sea supuestamente objetiva, carácter que, salvo casos muy puntuales, no tiene en la práctica tanto por la aplicación de criterios como el de la antijuridicidad del daño de tal forma que no existe responsabilidad si la víctima tiene obligación de soportar tal daño sino porque la Administración responde por los actos de sus funcionarios de manera directa.

Por ello, el movimiento privatizador por el que la Administración encomienda la prestación de servicios públicos a sujetos privados, ya sean sociedades mercantiles públicas, contratistas y concesionarios u otro tipo de modalidades no puede suponer sin más una destrucción de esa garantía material como es la responsabilidad de la Administración y de la procedimental que supone el procedimiento administrativo para dejar al administrado en una situación similar a la de cualquier ciudadano frente a una empresa privada, sometido a las normas civiles y con la jurisdicción civil como única garantía.

En este sentido, como venimos defendiendo, es precisa una reforma legal que aborde esta problemática. No se trata de un mero problema teórico o un deseo bienintencionado sino una verdadera necesidad que ha sido planteada tanto por el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la reforma administrativa que ha dado lugar a las nuevas LPACAP y LRJSP como por el Consejo de Estado.

El derecho administrativo está llamado a abordar esa reforma. Si hay una rama del ordenamiento jurídico cuya finalidad es proteger a los ciudadanos frente a las actuaciones de la Administración, ese ha sido siempre el objetivo del derecho administrativo que parte de la dualidad Administración-ciudadanos y la confrontación entre el interés general que, normalmente, representa la primera y los intereses particulares de los ciudadanos.

La denominada lucha contra las inmunidades del poder ha sido un mérito extraordinario del derecho administrativo español. No se puede abandonar uno de sus principales logros como es la responsabilidad de la Administración por el fácil procedimiento de encomendar la gestión de los servicios públicos a entes de derecho privado.

Si bien el derecho administrativo se ha caracterizado por su constante evolución, mucho mayor que otras ramas del ordenamiento, hoy día está sujeto a una transformación como consecuencia de fenómenos como la globalización, la propia privatización y la transformación del Estado social de un Estado prestador a otro garante.

Este último se caracteriza por ser un Estado en el que se garantiza la prestación de servicios pero que admite el ejercicio de funciones públicas por particulares. Ese ejercicio requiere en contrapartida una extensión del derecho público a los particulares. Da igual que esa extensión se realice partiendo de considerar a estos efectos a tales sujetos como Administración cuando ejercen esas funciones o bien entender que en el ejercicio de tales funciones se rigen por el derecho público en lugar de por el derecho privado, lo importante es que esa extensión tiene por objeto evitar la pérdida de las garantías que contiene el derecho público.

Si bien se afirma que esa aplicación del derecho público no puede ser completa y exhaustiva ya que ello supondría privar de utilidad el traslado de funciones y cometidos al sector privado, la responsabilidad patrimonial debería ser un aspecto irrenunciable. Si un rasgo esencial de ese Estado Garante es la responsabilidad de los poderes públicos, limitar esa responsabilidad a un mero significado político implicaría dar a los preceptos constitucionales un mero carácter de declaración de intenciones sin utilidad práctica para los ciudadanos.

Ante ello es necesaria una reacción del derecho administrativo que, eliminando rigideces innecesarias, posibilite que los ciudadanos no se vean privados de derechos ni de garantías. Es perfectamente entendible y razonable que el Estado encomiende la prestación de servicios públicos e incluso funciones públicas a particulares pero el ahorro organizativo que ello supone trae como contrapartida que el Estado ha de responder por la actuación de estos, sin perjuicio, claro está, de exigirles posteriormente las responsabilidades en las que puedan haber incurrido.

De esta forma la privatización se despojaría de alguna de las connotaciones negativas que pesan sobre ella y otorgaría una mayor normalidad jurídica a lo que es ya una constante en la prestación de servicios públicos, la utilización de sujetos de derecho privado para su gestión

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Asunto López Ostra)
Sentencia de 1 de julio de 1997 (Asunto Pammel)
Sentencia de 2 de octubre de 2001 (Asunto Hatton y otros)
Sentencia de 28 de enero de 2003 (Asunto Caldas Ramírez de Arellano)
Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Asunto Soto Sánchez)
Sentencia de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez)
Sentencia de 18 de octubre de 2011 (Asunto Martínez Martínez)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* (C-6/90 y C-9/90)
Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (C- 46/93 y 48/93)
Sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros* (C-399/08)
Sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II* (C-424/97)
Sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (C-373/00)
Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (asunto C-224/01)
Sentencia de 16 de octubre de 2003, *Comisión c. España* (C-283/00)
Sentencia de 23 de marzo de 2004, *Médiateur/Lamberts* (C-234/02 P)
Sentencia de 13 de enero de 2005, *Comisión c. España* (C-84/03)
Sentencia de 27 de octubre de 2005, *Comisión c. España* (C-185/03)
Sentencia de 22 de octubre de 2009, *Comisión c. República Portuguesa* (C-438/08)
Sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos SAL* (C-118/08)
Sentencia de 26 de mayo de 2011, *Comisión c. España* (C-306/08)
Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Centre hospitalier de Besançon* (C-495/10)
Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* (C-159/11)
Sentencia de 15 de Octubre de 2015, *Itevelesa* (C-168/14)

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea

Sentencias de 10 de abril de 2002, *Lamberts/Médiateur* (T-209/00)
Sentencia de 24 de septiembre de 2008, *M/Médiateur* (T- 412/05).

Tribunal Constitucional

STC 4/1981, de 2 de febrero
STC 27/1981, de 20 de julio
STC 32/1981, de 28 de julio
STC 111/1983, de 2 de diciembre
STC 86/1982, de 23 de diciembre
ATC 147/1982, de 22 de abril
STC 18/1984, de 7 de febrero
STC 77/1985, de 27 de junio
STC 86/1985, de 10 de julio
STC 14/1986, de 31 de enero
STC 108/1986, de 29 de julio
STC 166/1986, de 19 de diciembre
STC 67/1988, de 18 de abril
STC 70/1988, de 19 de abril
STC 209/1988, de 10 de noviembre

STC 87/1989, de 11 de mayo
 STC 195/1989, de 27 de noviembre
 STC 6/1991, de 15 de enero
 STC 39/1992, de 30 de marzo
 STC 98/1993, de 22 de marzo
 STC 37/1994, de 10 de febrero
 STC 52/1994, de 24 de febrero
 STC 129/1994, de 5 de mayo
 STC 34/1995, de 6 de febrero
 STC 107/1996, de 12 de junio
 STC 28/1997, de 13 de febrero
 STC 61/1997, de 20 de marzo
 STC 206/1997, de 27 de noviembre
 STC 177/2002, de 14 de octubre
 STC 48/2003, de 12 de marzo
 STC 16/2004, de 23 de febrero
 STC 112/2006, de 5 de abril
 STC 136/2012, de 19 de junio
 STC 133/2013, de 5 de junio
 STC 219/2013, de 19 de diciembre
 STC 84/2015, de 30 de abril
 STC 103/2015, de 25 de mayo

Tribunal Supremo

Sentencia (Civil) de 18 de mayo de 1904
 Sentencia de 3 de julio de 1965 RJ 1965\3696
 Sentencia de 28 de mayo de 1980 (recurso 43688/1976)
 Sentencia (Penal) de 13 de abril de 1981 RJ 1981\1637
 Sentencia (Civil) de 28 de mayo de 1984 RJ 1984\2800
 Sentencia (Civil) de 29 de noviembre de 1988
 Sentencia de 9 de mayo de 1989
 Sentencia de 23 de octubre de 1990 Tol 2382736
 Sentencia de 2 de enero de 1991 Tol 2423148
 Sentencia de 31 de mayo de 1992 (recurso 2216/1989)
 Sentencia de 4 de julio de 1992 (recurso 10950/1990)
 Sentencia de 24 de mayo de 1994 (recurso 4739/1990)
 Auto (Conflictos) de 7 de julio de 1994 (conflicto 12/1994)
 Sentencia (Civil) de 22 de septiembre de 1994 (recurso 1394/1992)
 Sentencia de 22 de febrero de 1995 (recurso 10918/1990)
 Sentencia de 23 de febrero de 1995 (recurso 1323/1991)
 Sentencia de 22 de marzo de 1995 (recurso 9194/1992)
 Sentencia (Social) de 10 de julio de 1995 (recurso 2825/1994)
 Sentencia de 22 de septiembre de 1995 (recurso 3441/1991)
 Sentencia de 25 de octubre de 1996 (recurso 14283/1991)
 Sentencia de 11 de febrero de 1997 (recurso 14192/1991)
 Sentencia de 13 de octubre de 1997 (recurso 5751/1993)
 Sentencia de 25 de febrero de 1998 (recurso 4461/1992)
 Sentencia de 31 de marzo de 1998 (recurso 2889/1993)
 Sentencia de 15 de julio de 1998 (recurso 3786/1995)
 Sentencia de 18 de septiembre de 1998 (recurso 2382/1992)
 Sentencia de 29 de septiembre de 1998 (recurso 7159/1991)

Sentencia de 13 de octubre de 1998 (recurso 3581/1992)
Sentencia de 14 de octubre de 1999 (recurso 50/1997)
Sentencia (Civil) de 19 de junio de 2000 (recurso 3651/1996)
Auto (Conflictos) de 12 de julio de 2000 (conflicto 40/1999)
Sentencia de 24 de octubre de 2000 (recurso 4786/1995)
Sentencia de 17 de noviembre de 2000 (recurso 6862/1993)
Sentencia (Civil) de 12 de marzo de 2001 (recurso 428/2001)
Sentencia (Civil) de 26 de marzo de 2001 (recurso 882/1996)
Sentencia de 5 de junio de 2001 (recurso 738/1997)
Sentencia de 13 de julio de 2001 (recurso 6202/1996)
Sentencia (Social) de 29 de octubre de 2001
Auto (Conflictos) de 6 de noviembre de 2001 (conflicto 6/2001)
Sentencia (Civil) de 7 de marzo de 2002 (recurso 2992/1996)
Sentencia (Civil) de 7 de abril de 2003 (recurso 2540/1997)
Sentencia (Civil) de 23 de enero de 2004 (recurso 1/2003)
Sentencia de 30 de marzo de 2004 (recurso 4585/2001)
Sentencia de 11 de octubre de 2004 (recurso 4581/2001)
Sentencia (Penal) de 23 de septiembre de 2005 (recurso 484/2004)
Sentencia de 20 de diciembre de 2005 (recurso 4764/2000)
Sentencia (Civil) de 15 de febrero de 2006 (recurso 2626/1999)
Sentencia de 23 de mayo de 2006 (recurso 8201/2000)
Sentencia (Civil) de 14 de diciembre de 2006 (recurso 107/2000)
Sentencia (Civil) de 30 de marzo de 2007 (recurso 4169/1999)
Sentencia de 18 de abril de 2007 (recurso 1152/2003)
Sentencia de 24 de mayo de 2007 (recurso 7767/2003)
Auto (Conflictos) de 20 de noviembre de 2007 (conflicto 23/2007)
Sentencia (Civil) de 20 de noviembre de 2007 (recurso 3069/2000)
Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (recurso 9881/2003)
Sentencia (Civil) de 11 de junio de 2008 (recurso 466/2001)
Sentencia (Civil) de 17 de septiembre de 2008 (recurso 71/2002))
Sentencia de 25 de septiembre de 2008 (recurso 368/2006)
Sentencia (Civil) de 24 de noviembre de 2008 (recurso 2516/2002)
Sentencia de 23 de febrero de 2009 (recurso 2465/2005)
Sentencia de 30 de marzo de 2009 (recurso 10680/2004)
Auto (Conflictos) de 19 de junio de 2009 (conflicto 8/2008)
Sentencia de 20 de julio de 2009 (recurso 4089/2003)
Sentencia de 21 de julio de 2009 (recurso 47/2007)
Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (recurso 4035/2005)
Sentencia de 26 de noviembre de 2009 (recurso 585/2008)
Sentencia de 27 de noviembre de 2009 (recurso 603/2007)
Sentencia de 10 de diciembre de 2009 (recurso 1885/2008)
Auto (Conflictos) de 18 de diciembre de 2009 (conflicto 16/2009)
Sentencia (Civil) de 31 de marzo de 2010 (recurso 310/2006)
Sentencia (Civil) de 1 de junio de 2010 (recurso 1028/2007)
Sentencia de 2 de junio de 2010 (recurso 588/2008)
Sentencia (Civil) de 23 de junio de 2010 (recurso 320/2005)
Sentencia (Civil) de 15 de julio de 2010 (recurso 1993/2006)
Sentencias de 17 de septiembre de 2010 (recursos 149 y 153/2007)
Sentencia de 8 de noviembre de 2010 (recurso 2199/2009)
Sentencia de 21 de diciembre de 2010 (recurso 476/2009)
Sentencia (Civil) de 9 de marzo de 2011 (recurso 136/2009)
Sentencia de 24 de marzo de 2011 (recurso 125/2010)

Sentencia de 19 de mayo de 2011 (recurso 1836/2007)
 Sentencia (Civil) de 10 de junio de 2011 (recurso 1026/2008)
 Auto (Conflictos) de 22 de junio de 2011 (conflicto 4/2011)
 Auto (Conflictos) de 22 de junio de 2011 (conflicto 7/2011)
 Sentencia de 28 de junio de 2011 (recurso 5732/2008)
 Sentencia de 18 de octubre de 2011 (recurso 443/2009)
 Sentencia de 26 de octubre de 2011 (recurso 388/2009)
 Sentencia de 24 de septiembre de 2012 (recurso 4788/2010)
 Sentencia de 17 de mayo de 2012 (recurso 2616/2009)
 Sentencia de 4 de julio de 2012 (recurso 379/2010)
 Sentencia de 9 de octubre de 2012 (recurso 6678/2010)
 Sentencia (Civil) de 23 de octubre de 2012 (recurso 339/2010)
 Sentencia de 4 de diciembre de 2012 (recurso 6157/2011)
 Sentencia de 11 de diciembre de 2012 (recurso 4569/2011)
 Sentencia de 11 de febrero de 2013 (recurso 704/2011)
 Auto (Conflictos) de 11 de abril de 2013 (conflicto 2/2013)
 Sentencia de 22 de marzo de 2013 (recurso 823/2010)
 Sentencia de 10 de diciembre de 2013 (recurso 2364/2011)
 Sentencia de 25 de enero de 2013 (recurso 750/2011)
 Sentencia de 11 de febrero de 2013 (recurso 5518/2010)
 Sentencia de 17 de mayo de 2013 (recurso 890/2010)
 Sentencia (Civil) de 15 de octubre de 2013 (recurso 1578/2011)
 Sentencia (Civil) de 28 de febrero de 2014 (recurso 585/2012)
 Sentencia de 5 de mayo de 2014 (recurso 2760/2012)
 Sentencia (Social) de 14 de mayo de 2014 (recurso 1467/2013)
 Sentencia (Penal) de 16 de mayo de 2014 (recurso 1765/2013)
 Sentencia (Civil) de 21 de mayo de 2014 (recurso 409/2012)
 Sentencia de 17 de junio de 2014 (recurso 3978/2011)
 Sentencia (Social) de 14 de julio de 2014 (recurso 200/2013)
 Sentencia (Penal) de 7 de octubre de 2014 (recurso 238/2014)
 Sentencia (Civil) de 5 de noviembre de 2014 (recurso 1839/2012)
 Auto (Conflictos) de 4 de diciembre de 2014 (conflicto 28/2014)
 Sentencia de 22 de diciembre de 2014 (recurso 1972/2013)
 Auto (Conflictos) de 24 de abril de 2015 (conflicto 2/2015)
 Sentencia de 21 de enero de 2016 (recurso 515/2012)

Audiencia Nacional

Sentencia de 28 de mayo de 2002 (recurso 1249/2000)
 Sentencia de 15 de noviembre de 2007 (recurso 283/2006)
 Sentencia de 25 de marzo de 2009 (recurso 565/2007)
 Sentencia de 1 de marzo de 2010 (recurso 1598/2007)
 Sentencia de 9 de diciembre de 2010 (recurso 470/2010)
 Sentencia de 28 de marzo de 2012 (recurso 1080/2009)
 Sentencia de 17 de abril de 2012 (recurso 234/2010)
 Sentencia de 26 de abril de 2012 (recurso 80/2010)
 Sentencia de 5 de diciembre de 2012 (recurso 567/2007)
 Sentencia de 7 de diciembre de 2012 (recurso 428/2010)
 Sentencia de 18 de febrero de 2013 (recurso 19/2012)
 Sentencia de 19 de abril de 2013 (recurso 96/2012)
 Sentencia de 21 de junio de 2013 (recurso 926/2010)
 Sentencia de 29 de enero de 2014 (recurso 1184/2012)

Sentencia de 9 de diciembre de 2014 (recurso 109/2013)
Sentencia de 11 de mayo de 2015 (recurso 45/2013)
Sentencia de 27 de mayo de 2015 (recurso 22/2013)
Sentencia de 9 de julio de 2015 (recurso 606/2013)
Sentencia de 19 de febrero de 2016 (recurso 1996/2014)

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de diciembre de 2000 (recurso 803/1999)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 (recurso 2733/1997)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de marzo de 2002 (recurso 490/1999)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 27 de febrero de 2004 (recurso 1/2001)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 27 de abril de 2004 (recurso 282/2002)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de mayo de 2004 (recurso 34/2004)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 21 de mayo de 2004 (recurso 585/2001)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 2004 (recurso 1134/2000)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de marzo de 2005 (recurso 63/2001)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 26 de julio de 2005 (recurso 3138/1998)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2006 (recurso 231/2002)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de mayo de 2006 (recurso 2385/2003)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2006 (recurso 1209/2005)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 14 de diciembre de 2006 (recurso 1048/2001)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2007 (recurso 1842/2002)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2008 (recurso 1618/2002)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de enero de 2008 (recurso 15/2002)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2008 (recurso 135/2005)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 30 de abril de 2008 (recurso 201/2007)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2008 (recurso 510/2005)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de abril de 2009 (recurso 265/2007)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de julio de 2009 (recurso 451/2008)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de diciembre de 2009 (recurso 1209/2005)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de diciembre de 2009 (recurso 640/2005)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 1 de febrero de 2010 (recurso 306/2003)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de mayo de 2010 (recurso 2027/2009)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de mayo de 2010 (recurso 269/2007)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de octubre de 2010 (recurso 63/2009)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2010 (recurso 310/2009)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (recurso 311/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 4 de marzo de 2011 (recurso 924/2008)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de marzo de 2011 (recurso 25/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Civil y Penal) de 17 de marzo de 2011 (recurso 3/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 6 de mayo de 2011 (recurso 2335/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 10 de mayo de 2011 (recurso 164/2009)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 31 de mayo de 2011 (recurso 375/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 2011 (recurso 73/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de mayo de 2012 (recurso 691/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de mayo de 2012 (recurso 399/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de mayo de 2012 (recurso 7043/2012)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 23 de julio de 2012 (recursos 2713/2003 y 1308/2005)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 18 de septiembre de 2012 (recurso 2990/2008)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2012 (recurso 300/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2012 (recurso 433/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2012 (recurso 609/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 febrero de 2013 (recurso 803/2010)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2013 (recurso 1018/2010)

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de julio de 2013 (recurso 787/2013)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de julio de 2013 (recurso 10/2011)
Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de septiembre de 2013 (recurso 787/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de octubre de 2013 (recurso 205/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 27 de enero de 2014 (recurso 94)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de marzo de 2014 (recurso 547/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2014 (recurso 167/2012)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2014 (recurso 195/2010)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2014 (recurso 759/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de abril de 2014 (recurso 903/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Civil y Penal) de 7 de abril de 2014 (recurso 3/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 21 de abril de 2014 (recurso 62/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 19 de mayo de 2014 (recurso 999/2010)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2014 (recurso 7036/2014)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2014 (recurso 1116/2010)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 30 de junio de 2014 (recursos 1417/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 14 de julio de 2014 (recurso 1153/2009)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2014 (recurso 477/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de octubre de 2014 (recurso 164/2014)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de septiembre de 2014 (recurso 138/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 20 de octubre de 2014 (recurso 85/2012)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 27 de octubre de 2014 (recurso 571/2009)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2015 (recurso 175/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 2 de marzo de 2015 (recursos 1343/2011)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2015 (recurso 271/2013)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de marzo de 2015 (recurso 205/2012)
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 2015 (recurso 61/2012)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2015 (recurso 228/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de abril de 2015 (recurso 743/2013)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de abril de 2015 (recurso 240/2013)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2015 (recurso 24/2015)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2015 (recurso 41/2012)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 25 de mayo de 2015 (recurso 66/2015)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 12 de junio de 2005 (recurso 697/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de junio de 2015 (recurso 15/2015)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2016 (recurso 1047/2014)

Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 4 de marzo de 1996 (recurso 27/1996)

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de mayo de 1999 (recurso 46/1999)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 22 de octubre de 2002 (recurso 434/2002)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2006 (recurso 705/2006)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 2008 (recurso 217/2006)

Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de junio de 2008 (recurso 297/2007)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 2008 (recurso 502/2007)

Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de diciembre de 2009 (recurso 557/2009)

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 2 de febrero de 2010 (recurso 518/2009)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2010 (recurso 285/2010)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de febrero de 2011 (recurso 336/2010)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 2011 (recurso 53/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 6 de febrero de 2012 (recurso 488/2012)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de marzo de 2012 (recurso 777/2011)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2012 (recurso 889/2011)

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2012 (recurso 267/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de octubre de 2012 (recurso 125/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de junio de 2013 (recurso 308/2013)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de junio de 2014 (recurso 519/2014)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 2014 (recurso 219/2014)

Juzgados de lo Contencioso Administrativo

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Segovia de 13 de mayo de 2011 (recurso 262/2010)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Orense de 15 de mayo de 2013 (recurso 360/2010)

Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 1 de 29 de julio de 2013 (recurso 38/2012)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Bilbao de 29 de julio de 2013 (recurso 825/2009)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Barcelona de 11 de abril de 2014 (recurso 654/2011)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Barcelona de 27 de junio de 2014 (recurso 218/2013)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Barcelona de 30 de septiembre de 2014 (recurso 115/2013)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander de 12 de noviembre de 2014 (recurso 193/2014)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander de 30 de enero de 2015 (recurso 101/2014)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Barcelona de 2 de febrero de 2015 (recurso 231/2014)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Orense de 23 de febrero de 2015 (recurso 241/2014)

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Barcelona de 24 de abril de 2015 (recurso 71/2014)

Consejo de Estado

Dictamen 3/1993, de 11 de febrero

Dictamen 1459/1993, de 10 de marzo de 1994

Dictamen 773/1996, de 20 de febrero

Dictamen 4248/1995, de 20 de julio

Dictamen 3140/1998, de 3 de diciembre

Dictamen 940/1999, de 21 de octubre

Dictamen 3425/2001, de 20 de diciembre

Dictamen 4/2003, de 23 de enero

Dictamen 1742/2004, de 15 de julio

Dictamen 2204/2006, de 18 de enero

Dictamen 1773/2009, de 12 de noviembre

Dictamen 2034/2009, de 8 de abril de 2010

Dictamen 86/2010, de 25 de febrero

Dictamen 1610/2010, de 22 de julio

Dictamen 602/2011, de 9 de junio

Dictamen 1725/2011, de 12 de enero de 2012

Dictamen 728/2012, de 19 de julio

Dictamen 876/2012, de 20 de septiembre

Dictamen 880/2012, de 11 de octubre

Dictamen 1094/2012, de 8 de noviembre

Dictamen 1297/2012, de 20 de diciembre

Dictamen 1241/2013, de 6 de febrero de 2014

Dictamen 1434/2013, de 27 de febrero de 2014

Dictamen 671/2014, de 17 de julio

Dictamen 275/2015, de 29 de abril
 Dictamen 339/2015, de 11 de junio
 Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016

Consejos Consultivos Autonómicos

Dictamen 60/2000, de 4 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía
 Dictamen 658/2003, de 22 de diciembre, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
 Dictamen 75/04, de 26 de febrero, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya
 Dictamen 226/2005, de 30 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía
 Dictámenes 99/2005, de 30 de noviembre, del Consejo Consultivo del País Vasco
 Dictamen 349/2006, de 20 de julio, del Consejo Consultivo de Extremadura
 Dictamen 6/2008, de 16 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha
 Dictamen 113/08 (sin fecha), del Consejo Consultivo de la Región de Murcia
 Dictamen 262/2008, de 30 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía
 Dictamen 149/08, de 26 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 227/08, de 17 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 765/2008, de 29 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía
 Dictamen 18/2009, de 19 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias
 Dictamen 158/09, de 18 de marzo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 170/09, de 1 de abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 163/2009, de 1 de abril del Consejo Consultivo de Canarias
 Dictamen 335/09, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 519/09, de 2 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 51/10, de 3 de marzo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 36/2010, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de La Rioja
 Dictamen 141/10, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 269/10, de 22 de julio, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya.
 Dictamen 500/10, de 29 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 21/11, de 2 de febrero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 79/11, de 7 de abril, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya
 Dictamen 554/2011 de 18 de octubre, del Consejo Consultivo de Canarias
 Dictamen 642/11, de 16 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 664/11, de 30 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 385/2012, de 26 de abril, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
 Dictamen 336/12, de 30 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 591/2012, de 13 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia
 Dictamen 421/12, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictamen 547/12, de 9 de octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
 Dictámenes 195/2012, de 24 de octubre, del Consejo Consultivo del País Vasco
 Dictamen 889/2012, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León
 Dictamen 45/12, de 27 de diciembre, del Consejo de Navarra
 Dictamen 62/2013, de 14 de febrero, del Consejo Consultivo de Extremadura
 Dictamen 200/13, de 20 de marzo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 158/2013, de 27 de marzo, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana

Dictamen 67/2013, de 11 de abril, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Dictamen 101/13, de 29 de abril, del Consejo Consultivo de la Región de Murcia

Dictamen 199/13, de 14 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 196/2013 de 20 de mayo del Consejo Consultivo de Canarias

Dictamen 253/13, de 29 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 212/2013, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Dictamen 731/2013, de 30 de octubre, del Consejo Consultivo de Galicia

Dictamen 514/13, de 30 de octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 727/2013, de 27 de diciembre, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana

Dictamen 41/14, de 29 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 62/14, de 13 de febrero, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalidad de Cataluña

Dictamen 276/2014, de 15 de mayo, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana

Dictamen 43/15, de 18 de febrero, del Consejo Consultivo de la Región de Murcia

Dictamen 146/15, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 352/15, de 15 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 367/15, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Dictamen 79/2016, de 27 de enero, del Consejo Consultivo de Andalucía

Juntas Consultivas de Contratación Administrativa

Informe 37/95, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Informe 12/09, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Informe 14/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Informe 34/11, de 17 de julio de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía

Recomendación 1/2013, de 27 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón

Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 20 de marzo de 2000

Resolución de 19 de septiembre de 2008

Consejo de Estado de la República Francesa

Arrêt *Granits des Vosges* de 31 de julio de 1912

Arreêt *Etablissements Vezia* de 20 de diciembre de 1935

Arrêt *La Fleurette* de 14 de enero de 1938

Arrêt *Caisse primaire "Aide et protection"* de 13 de mayo de 1938

Arrêt *Montpeurt* de 31 de julio de 1942

Arrêt *Bouguen* de 2 de abril de 1943

Arrêt *Bureau Veritas* de 23 de marzo de 1983

Tribunal de Conflictos de la República Francesa

Arrêt *Blanco* de 8 de febrero de 1873

Arrêt *Bac d' Eloka* de 22 de enero de 1921

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América

Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

Grove v. Townsend 295 U.S. 45 (1935)

Smith v. Allwright 321 U.S. 649 (1944)

Owen v. Independence 445 U.S. 622, 646 n. 28 (1980)

Newport v. Fact Concerts Inc. 453 U.S. 247 (1981).

Blum v. Yaretsky 457 U.S. 991 (1982)

Boyle v. United Technologies Corp. 487 U.S. 500 (1988).

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659 (2013)

Tribunal de Apelaciones (2º Circuito) de los Estados Unidos de América

Sentencia de 29 de agosto de 2012 Reino de España v. American Bureau of Shipping

Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales (Corte Administrativa)

R v Servite Houses, ex p Goldsmith [2001] LGR 55

Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División civil)

Poplar Housing v Donoghue [2001] EWCA Civ 595

R (Heather) v Leonard Cheshire Foundation [2002] EWCA Civ 366

Corte Constitucional de la República Italiana

Ordinanza nº 157, de 21 de mayo de 2001

Tribunal Supremo de Justicia de Portugal

Acuerdo de 8 de octubre de 2015

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, “*Manual de Responsabilidad Pública*”, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª Ed., 2010.

ABRAHAM K, “*The forms and functions of Tort Law*”, Foundation Press, New York, 2012.

AGUADO I CUDOLÀ V, “La primera regulación general de la función de inspección: luces y sombras”, en “*Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*”, (dir. J Tornos Mas), Iustel, Madrid, 2012.

AGUADO RENEDO C, “La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 90, 2010.

ALBI CHOLBI F, “El servicio público municipal y sus modos de gestión”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núms. 35 y 36, 1947, págs. 645-687 y 854-893.

ALBI CHOLBI F, “*Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*”, Aguilar. Madrid, 1960.

ALEGRE ÁVILA J M, “La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, 2005.

ALLI ARANGUREN J C, “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 302, (septiembre-diciembre) 2006.

ALONSO GARCÍA Mª C, “Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Gabilex*, núm. extraordinario, abril 2015.

ALONSO MÁS M J Y NARBÓN LAÍNEZ E J, “*La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*”, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

ARCE JANÁRIZ A, “Las privatizaciones en el Parlamento (Comentario de la STC 177/2002, asuntos “Telefónica” y “Endesa”)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003.

ARIAS SENOSEAÍN M, “¿Otra vez, el mayor peligro, el Estado?: Reflexiones en torno a los orígenes y causas de las inmunidades del poder de las autoridades y funcionarios y a la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de la Administración pública, como medio de defensa de los ciudadanos”, en “*La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*”, (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L, coord.), Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.

ARIMANY LAMOGLIA E, PÉREZ RIVARÉS J A, “Nuevo régimen jurídico del sistema aeroportuario español: ¿hacia una mayor competencia entre aeropuertos?”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9, 2012.

ARIÑO G, “La Administración Institucional: Origen y Personalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 63, septiembre-diciembre 1970, págs. 85-130.

ARIÑO G, “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 88, enero-abril 1979, págs. 55-106.

ARIÑO G, “Principios de descentralización y desconcentración”, *Documentación Administrativa*, núm. 124, abril-junio 1988, págs. 11-34.

ARIÑO G, “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿Privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, págs. 7-36.

ARIÑO ORTIZ G, MARTÍNEZ J L, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J M, “*El nuevo servicio público*”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ARIÑO ORTIZ G, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO L, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J M, “*Principios de Derecho Público Económico (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*”, 2ª edición, Comares, Granada, 2001.

ARIÑO G, “*Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender*”, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

ARIÑO G, “Sobre el estudio y comprensión del Derecho Público. Guía para su estudio”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm 6, junio, 2012, págs. 9-26.

ARIÑO G, “*Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*”, Iustel, Madrid, 2011.

ARNAIZ SERRANO A, “*Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso administrativo*”, Fundación Mapfre, Madrid, 2008

ARQUILLO COLET B, “*Seguro y Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y sus soluciones jurídicas*”, tesis doctoral dirigida por Pablo Salvador Coderch, Barcelona 2006.

ARTOLA M, “Transformación económica”, en “*Carlos III y la Ilustración*”, (Iglesias C, dir.), Ministerio de Cultura-Lunweg, Barcelona, 1988.

AZAÑA M, “*Plumas y Palabras*”, Crítica, Barcelona, 1990.

BAENA DEL ALCAZAR M, “Privatizaciones y misiones de servicio público”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (Sosa Wagner F (coord)). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BALLINA DÍAZ D, “Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autónoma*, nueva época, núm. 2, julio-diciembre 2014.

BAÑO LEÓN J M, “La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988.

BAÑO LEÓN J M, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada “better regulation””, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167/2014.

BAÑO LEÓN J M, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

BARNES J, “La Transparencia: Cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias”, en “*Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*”, (GARCÍA MACHO R (ed.)), Marcial Pons, Madrid, 2014.

BASEDOW J, Wumnest W, “*Third-Party Liability of Classification Societies. A comparative perspective*”, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.

BASSOLS COMA M, “Pedro Bidagor: Su contribución a la formación de la legislación urbanística”, en VV.AA., “*Plan Bidagor 1941-1946. Plan General de Ordenación de Madrid*”, Comunidad de Madrid-Editorial Nerea, Madrid, 2003.

BASSOLS COMA M, “La externalización, tendencias en el Derecho Administrativo español”, en *Le Esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli Amministrativisti italo-spagnoli*, (MIGNONE C (coord.)), Bononia University Press, Bolonia, 2007.

BAUZÁ MARTORELL F J, “Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus”, *Diario La Ley*, núm. 7419, 8 de Junio de 2010.

BELADIEZ ROJO M, “*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*”, Tecnos, Madrid, 1997.

BELTRÁN AGUIRRE, J L, “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2012.

BERBEROFF AYUDA D, “¿Una responsabilidad de la administración objetiva? Perspectivas de derecho comparado y comunitaria”, en “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*”, (ORTIZ BLASCO J y MAHILLO GARCÍA P (coord.)), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

BERMEJO LATRE J L, “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho Administrativo”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (SOSA WAGNER F (coord.)), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BERMEJO LATRE J L, “Aportaciones a los respectivos proyectos de ley de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

BERMEJO VERA J, “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002.

BERTELLI A M, “Law and Public Administration”, en “*The Oxford Handbook of Public Management*”, (FERLIE E, LYNN L E, POLLITT C, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2007

BETANCOR RODRÍGUEZ A, “Las entidades públicas empresariales en la Ley de

Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, 1996-1997.

BETANCOR RODRIGUEZ A, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por cambio normativo: la retribución de las fotovoltaicas”
<http://andresbetancor.blogspot.com.es/2016/04/responsabilidad-patrimonial-de-la.html>

BIGLINO CAMPOS P, “Algunas consideraciones sobre la eficacia de los actos parlamentarios”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid*, núm.1, 1999

BILBAO UBILLOS J, “La privatización, concepto, objetivos y procedimientos”, en “*Políticas de Privatización. Aspectos teóricos, experiencias y casos prácticos.*”, (GONZÁLEZ DE LA FE P, RENDEIRO MARTÍN-CEJAS R (coords.), Dykinson, Madrid, 2003.

BILBAO UBILLOS J, “*Las políticas de privatización en España: Fases, objetivos y procedimientos*”, Documento base para el Seminario en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pública de Navarra (Campus de Arrosadia, noviembre de 2002).

BLANQUER CRIADO D, “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

BLANQUER CRIADO D, “*La CNMV*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BLASCO HEDO E, “Inidoneidad de la vía penal en el caso del “Prestige””, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 26 de noviembre de 2013.

BLASCO LAHOZ J F. “La protección de asistencia sanitaria, incapacidad temporal e inutilidad en el ámbito de la Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, julio-diciembre 2014.

BOCANEGRA SIERRA R, “La responsabilidad civil de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, (enero-junio 1994).

BOCANEGRA SIERRA R, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros” *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978.

BOCANEGRA SIERRA R, “Concesionarios y contratistas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 14, 1996.

BOIX PALOP A, “*Las convalidaciones legislativas*”, Iustel, Madrid, 2004.

BORRAJO INIESTA I, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993.

BOTO ÁLVAREZ A, “Los Partenariats public-privé «À la québécoise» en el ámbito sanitario: Cautelas sobre sus efectos en la prestación de los servicios clínicos y en la atención a los pacientes”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 6, 2010.

BOTO ÁLVAREZ A, “*La Administración instrumental en el proceso*”, Editorial Reus, Madrid, 2011.

BULLÓN DE MENDOZA A, “*José Calvo Sotelo*”, Ariel, Barcelona, 2004

BUSTO LAGO J M, “Los créditos derivados de justiprecios expropiatorios en el concurso de la concesionaria beneficiaria de la expropiación y la tutela constitucional del derecho de propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014.

CABALLERO SÁNCHEZ R, “*Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

CALONGE VELÁZQUEZ A, “El "rompecabezas" jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en “*Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997*”, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 323-342.

CALONGE VELÁZQUEZ A, “Paradores de turismo de España: Una huida del derecho administrativo”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 16, 2006, págs. 549-557.

CALVO CHARRO M, “La Administración Institucional. Los organismos públicos”, en Rodríguez-Arana Muñoz J (dir.), “*La Administración Pública Española*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

CALVO SANCHEZ M D, “Patrón de conducta exigible a una Buena Administración Pública Sanitaria”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, diciembre 2014.

CALVO SÁNCHEZ M D, “Principios rectores y derechos de las personas en el procedimiento administrativo común reformado”, en “*Instituciones de procedimiento administrativo común*”, (RIVERO ORTEGA R, CALVO SÁNCHEZ M D, FERNANDO PABLO M, dir.), Juruá, Lisboa, 2016.

CAMÓS VICTORIA I, “La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria (La incidencia que sobre esta cuestión puede ocasionar la disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).”, *Aranzadi Social*, núm.5, 1999.

CANALS I AMETLLER D, “Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de intervención administrativa”, en “*Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*”, (TORNOS MAS J, dir.), Iustel, Madrid, 2012.

CAÑETE SÁNCHEZ J A, “El deber de conservación de la urbanización y responsabilidad patrimonial: especial referencia al régimen urbanístico de Andalucía tras las últimas reformas operadas por Ley 2/2012, de 20 de enero, y los Decretos 60/2010 y 2/2012”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm.8, 30 abril-14 mayo 2012.

CANTERO MARTÍNEZ J, “La incidencia de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, núm. 286-287, enero-agosto 2010.

CANTERO MARTÍNEZ J, “La incidencia de la externalización en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en “Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema” (ORTEGA ÁLVAREZ L, dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

CARAZO LIÉBANA M J, “Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, octubre de 2011, págs. 51-62.

CARBAJO CASCÓN F, “La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria”, Instituto de Ciencias del Seguro-Fundación Mapfre, Madrid, 2012.

CARBONELL PORRAS E, “Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos”, en “Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo”, (PÉREZ MORENO A, coord.), Tomo II, Civitas, Madrid, 1994.

CARBONELL PORRAS E, “Administración del Estado, alcance de la potestad de Dirección del Gobierno sobre AENA: la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.

CARBONELL PORRAS E, “Entidades urbanísticas colaboradoras”, en “Fundamentos de Derecho Urbanístico”, (MARTÍN REBOLLO L, BUSTILLO BOLADO R O, dir.), 2ª edición, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

CARMONA CUENCA E, “El Estado Social de Derecho en la Constitución”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

CARRILLO DONAIRE J A, “A vueltas sobre la naturaleza jurídica tributaria o tarifaria de las contraprestaciones derivadas del servicio de abastecimiento de agua. Consecuencias de la derogación del inciso final del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria”, *La Administración al Día. Instituto Nacional de Administración Pública*, 19 de octubre de 2012.

CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR J L, “Una introducción a la idea de modernización administrativa”, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 5-20, 2011.

CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR J L, “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, enero-abril 2014.

CASADO ECHARREN A, LÓPEZ FERRANDO C y LORA-TAMAYO VALLVÉ M, “Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 por la que se anulan diversos preceptos de la Ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm 267, julio-agosto 2011.

CASARES MARCOS A, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales”, (QUINTANA LÓPEZ T (dir.)) Tomo II, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2013.

CASCAJO CASTRO J L, “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

CASINO RUBIO M, “*Responsabilidad Civil de la Administración y Delito*”, Marcial Pons, Madrid, 1998.

CASINO RUBIO M, “El derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Documentación Administrativa*, núm 254-255, mayo-diciembre 1999.

CASINO RUBIO M, “La responsabilidad civil como forma inesperada de tutela de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, septiembre-diciembre 2014.

CASSESE S, “Las privatizaciones en Italia”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989, págs. 378-389.

CASTÁN TOBEÑAS J. “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, Tomo 4, Ed. Reus, 14ª edición, Madrid, 1988.

CASTILLO BLANCO F, “¿Son precisos nuevos parámetros interpretativos en el Ordenamiento Jurídico Público?, en VV.AA., “*El nuevo Derecho Administrativo. Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*”, (SÁNCHEZ BLANCO A, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN M, RIVERO YSERN J L, coords.) Ratio Legis, Salamanca, 2011.

CERRILLO I MARTÍNEZ A, “Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho administrativo. Las utilidades de la Ciencia Política y de la Administración para el Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 168, 2015.

CHEVALIER P, “Les compétences statutaires des sociétés de classification”, www.memoireonline.com/11/09/2902/m_Les-competences-statutaires-des-societes-de-classification10.html.

CHICO Y ORTIZ J M, “*Estudios sobre Derecho Hipotecario*”, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994.

CHINCHILLA MARÍN C, “Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa”, en “*Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*”, (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ X, DEL GUAYO CASTIELLA I, dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

CIERCO SEIRA C, “La responsabilidad civil de la Administración derivada de los delitos cometidos por menores a su cargo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012.

CLAVERO ARÉVALO M F, “Personalidad jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962.

COBREROS MENDAZONA E, “¿Responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo europeo?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre-diciembre 2002.

COBREROS MENDAZONA E, “El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm 87-88, 2010.

COBREROS MENDAZONA E, “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, enero-abril 2015.

COBREROS MENDAZONA E, “*Responsabilidad patrimonial del estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*”, Iustel, Madrid, 2015.

COMPANYS I ALET A, “Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015.

CONSEJO DE ESTADO, “*Memorias de los años 2012 y 2013*”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.

CONSEJO DE OBRAS PÚBLICAS, “*Memoria 2014*”, Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, Madrid, 2015.

CORREIA S, “A efectivação processual da responsabilidade civil extra-contractual da Administração por actos de gestão pública”, en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”, Marcial Pons, Madrid, 1999.

COSTAS COMESAÑA A, “De consumidor a ciudadano: El papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos”, *Información Comercial Española*, núm 836, mayo-junio 2007, págs. 33-50.

CRAIG P, “La externalización de funciones públicas, la Ley Británica de derechos humanos y el alcance del control judicial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, 2012.

CRESPO MONTES L F, “*Mitos y ritos de la Administración española*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

CUADRADO ROURA J R, DURÁ P, “Racionalidad y resultados del Consejo Consultivo de Privatizaciones”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 9, núm. 26, 2007.

CUETO PÉREZ M, “*Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

CUETO PÉREZ M, “*Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*”, Civitas, Cizur Menor, 2008.

CUETO PÉREZ M, “Crisis Económica y Administración Pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014.

DARNACULLETA I GARDELLA M M, “*La colaboración de entidades privadas en Alemania: Las Beliehe o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración*”, en GALÁN GALÁN A y PRIETO ROMERO C (dir.) “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, Huygens, Barcelona, 2010.

DAVIES A, “*Accountability. A public law analysis of government by contract*”, Oxford University Press, New York, 2001.

DE AHUMADA RAMOS F J, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos”, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

DE HOCES ÍÑIGUEZ J R, "Patrimonio de las Administraciones Públicas" en "*Problemas Actuales del Derecho Administrativo. Anuario 2014*", (REVUELTA GIRELA M A, coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J M, “Perspectivas dos servicios públicos españois para a década dos noventa”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 1, 1992, págs. 17-34.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J M, “Título habilitante de las empresas 100 por 100 propias de un ente público para la gestión de servicios públicos”, en “*Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*”, (Pérez Moreno A, coord.), Tomo II, Civitas, Madrid, 1994.

DEL GUAYO CASTIELLA I, “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, Quincena del 15 al 29 de marzo de 2014.

DE PALMA DEL TESO A, “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996.

DEL POZO SIERRA B, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo del 2014. La relación riesgo beneficio como excepción a la responsabilidad objetiva en supuestos de contagio de hepatitis C. Responsabilidad por perjuicios aún no concretados ocasionados por encima del contagio”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015.

DE LA QUADRA-SALCEDO T, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, “*Crisis y Constitución. XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

DEL SAZ S, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA C, LOZANO B, DEL SAZ S, “*Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*”, Civitas, Madrid, 1992.

DEL SAZ S, “La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, Ene-Abr. 1994.

DEL SAZ S, “Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del siglo XX” en “*La Administración Pública Española*”, (RODRÍGUEZ-ARANA J (dir.) y CALVO M (coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

DEL SAZ S, “Los límites de los cambios normativos: la responsabilidad patrimonial del legislador”, *Cuadernos de Energía*, núm. 23, 2009, págs. 50-54.

DE LA SERNA BILBAO M N, “La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios”, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DE VEGA P, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, *Pensamiento Constitucional*, año IX, núm. 9, 2003.

DE VICENTE DOMINGO R, “*La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales en la legislación y en la jurisprudencia administrativas*”, en el libro colectivo “*Nuevas perspectivas del Régimen Local (estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*”, (CLIMENT BARBERA J, BAÑO LEON J M, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

DÍAZ LEMA J M, “El régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza no universitaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994.

DÍAZ LEMA J M, “La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm.282, 2000, págs. 71-84.

DÍAZ MADRERA B, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*”, Editorial Reus, Madrid, 2007.

DIEFENBACH T, “New public management in public sector organizations: The dark sides of managerialistic 'enlightenment'”, *Public Administration*, Vol. 87, núm. 4, 2009.

DIEZ MORENO F, “Reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de loterías. Incidencia de la privatización”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, núm. 2, 2011.

DÍEZ PICAZO L, “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo V, La responsabilidad civil extracontractual*”, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DI MAURO MAZZA, “Le privatizzazioni nel processo di trasformazione del diritto amministrativo. Alcune osservazioni al tempo della crisi economico-finanziaria globale”, en “*Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*”, (PIÑAR MAÑAS J L, coord.), Editorial Reus, Madrid, 2013.

DOLZ LAGO M J, “*El régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DOLZ LAGO M J, “Hacia el fin del sistema de clases pasivas: Los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de los funcionarios públicos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 (2011).

DOMENECH PASCUAL G, “*Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

DOMENECH PASCUAL G, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *Indret*, núm. 2/2008.

DOMÍNGUEZ DE LUIS J A, “¿Fin de la polémica acerca de la denominada privatización de los servicios sanitarios? La STC de 30 de abril de 2015 y la constitucionalidad de la gestión indirecta en el servicio sanitario madrileño?”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015.

ESCRIBANO COLLADO P, “El usuario ante los servicios públicos: Precisiones acerca de su situación jurídica”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977.

ESCRIBANO COLLADO P, “¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 37, 1983.

ESTEVE PARDO J, “*Autorregulación. Génesis y efectos*”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

ESTEVE PARDO J, “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, núms. 263-266, enero-agosto 2003.

ESTEVE PARDO J, “Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y Sociedad”, *Documentación Administrativa*, núm. 1, enero-diciembre, 2014.

ESTEVE PARDO J, “La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014.

ESTEVE PARDO J, “*Estado Garante. Idea y Realidad*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

ESTORNINHO M J, “Responsabilidade por danos de concessionários”, en “*Responsabilidade patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997*”, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999.

ESTRUCH ESTRUCH J, “*La responsabilidad civil del registrador*”, Fundación Registral, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ FARRERES G El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003.

FERNÁNDEZ FARRERES G, “Administraciones Instrumentales”, en “*Estudios para la reforma de la Administración Pública*”, (Sainz Moreno F, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ FARRERES G, “La Administración Pública y las reglas de la “externalización””, *Justicia Administrativa*, núm. 33, 2006.

FERNÁNDEZ FARRERES G, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño”, en Ortiz Blasco J y Mahillo Garcia P (coord.) “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*”, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES G, “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2010.

FERNÁNDEZ FARRERES G, “*Sistema de Derecho Administrativo*”, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

FERNÁNDEZ GARCÍA M^a Y, “¿Hacia un régimen común de responsabilidad en la Comunidad Europea? (Convergencias y divergencias entre los sistemas de responsabilidad estatal y comunitaria)” en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”,

(MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, CALONGE VELÁZQUEZ A, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ GARCÍA M^a Y, “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ HIERRO J M, “Responsabilidad civil de los notarios” , *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 14, 2007.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR C, “La irresponsabilidad del Rey: Evolución histórica y regulación actual”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C, “La Administración Pública de Derecho Privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994. Sala Primera)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto 1997.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C, “LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL Y LA INSATISFACTORIA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL VIGENTE PARA SU CONTROL”, EN “*POR EL DERECHO Y LA LIBERTAD. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR*”, JOSE EUGENIO SORIANO GARCÍA (DIR.), VOLUMEN I, IUSTEL, MADRID, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, sept-dic 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones”, *Administración de Andalucía. Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, Working Paper n° 3, 2011.*

FERNÁNDEZ SORIA J M, "Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)", *Revista de Educación*, núm. 346, 2008.

FERNÁNDEZ TORRES I, “El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

FERNÁNDEZ TORRES J R, “Acerca de la anulación judicial de la ordenanza municipal de Madrid, de 29 de junio de 2009, referente al régimen de gestión y control de licencias (comentario a la STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2011)”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 23, 2011.

FERNANDO PABLO M M, “Sobre las relaciones jurídico-administrativas entre sujetos privados. Alguna jurisprudencia en materia de derechos de acceso e interconexión de redes de telecomunicación”, en “*El nuevo Derecho Administrativo. Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*”, (SÁNCHEZ BLANCO A, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN M, RIVERO YSERN J L, coords.), Ratio Legis, Salamanca, 2011.

FERNANDO PABLO M M, “Dogmática y régimen jurídico del acto administrativo en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo”, en “*Instituciones de procedimiento*

administrativo común”, (RIVERO ORTEGA R, CALVO SÁNCHEZ M D, FERNANDO PABLO M, dir.), Juruá, Lisboa, 2016.

FONSECA FERRANDIS F E, “Ejecución del planeamiento (II): Sistemas de ejecución”, en *“Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid”*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.

FONSECA FERRANDIS F E, “Algunas cuestiones en torno a la recepción de las obras y servicios de urbanización por las entidades locales en los sistemas de gestión de base privada, a partir de la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2002.

FONT I LLOVET T, “Simplificación, descentralización, liberalización. ¿Hacia una nueva Administración Pública?”, en *“Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña”*, (TORNOS MAS J dir.), Iustel, Madrid, 2012.

FONT I LLOVET T, GALÁN GALÁN A, MIR PUIGPELAT O, PEÑALVER I CABRÉ A, TORNOS MAS A, “Notas de Jurisprudencia Contencioso Administrativa: El lobo, el servicio público y la eventual limitación de responsabilidad de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, enero-abril 2014.

FORTES GONZÁLEZ A I, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a los particulares. sobre la vigencia de la ley de 5 de abril de 1904”, en *“El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”*, (SOSA WAGNER F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FORTES GONZÁLEZ A I, “La responsabilidad patrimonial de la Administración ante las nuevas formas de control administrativo”, en *“El nuevo Derecho Administrativo. Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern”*, (SÁNCHEZ BLANCO A, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN M, RIVERO YSERN J L, coords.), Ratio Legis, Salamanca, 2011.

FORTES GONZÁLEZ A I, *“La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.

FRANKEL R, “Regulating privatized government through § 1983”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.76, Fall 2009, núm. 4,

FRAX ROSALES E, “Las leyes de bases de Obras Públicas en el siglo XIX”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 93, julio-septiembre 1996.

FRIEDMAN M, “Why Government is the Problem”, *Essays in Public Policy*, nº 39, Hoover Institution Press, Stanford, California, 1993.

FUENTES I GASÓ J R, “Aspectos controvertidos sobre el ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente por parte de entidades colaboradoras”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, 2012.

GALÁN GALÁN A, “La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en GALÁN GALÁN A y PRIETO ROMERO C (dir.) *“El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”*, Huygens, Barcelona, 2010.

GALÁN VIOQUE R, “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm.155, mayo-agosto 2001.

GALÁN VIOQUE R, “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

GALLEGO CÓRCOLES I, “*Expropiaciones urbanísticas y derecho de reversión*”, Bomarzo, Albacete, 2005

GALLEGO CÓRCOLES I, “Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa in vigilando como título de imputación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, sept-dic 2008.

GAMERO CASADO E, “*Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción*”, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GAMERO CASADO E, “*Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*”, Comares, Granada, 2015.

GARCÍA DE COCA J A, “El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración. Nuevas tendencias, en especial su gestión indirecta”, en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*”, (Sosa Wagner F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA DE COCA J A, “De las actividades de interés económico general a las actividades económicas esenciales sometidas a obligaciones de servicio público”, en “*Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*”, (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ X, DEL GUAYO CASTIELLA I, dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA E, “*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*”, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA E, “El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, En-Abr 2003, núm 67.

GARCÍA DE ENTERRÍA E, “*La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*”, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T R, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA MACHO R, “La expropiación del grupo RUMASA: En torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional Español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, 1985.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO F, “La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales”, *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 19, 2000.

GARCÍA MANZANO P, “Responsabilidad Civil de Jueces y Magistrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre 1988.

GARCÍA PELAYO M, “*Derecho Constitucional Comparado*”, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

GARCÍA PELAYO M, “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO F, “La "privatización" de la disciplina urbanística en la Comunidad de Madrid”, *Práctica Urbanística*, núm. 102, marzo de 2011.

GARCÍA SÁNCHEZ I M, “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 47, 2007.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA E, en “*Derecho de los contratos públicos*”, (PENDÁS GARCÍA B, coord.), Praxis, Barcelona, 1995.

GARCÍA URETA A, “*La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*”, Marcial Pons, Madrid, 2006.

GARDINI G, “*Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana*”, en GALÁN GALÁN A y PRIETO ROMERO C (dir.) “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, Huygens, Barcelona, 2010.

GARRIDO FALLA F, “Privatización y Reprivatización”, *Revista de Administración Pública*, núm.126, septiembre-diciembre 1991.

GARRIDO FALLA F, ¿Crisis de la noción de servicio público?, en “Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo”, (COSCULLUELA MONTANER L, coord.), Civitas, Madrid, 2003.

GARRORENA MORALES A, “*El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*”, Tecnos, Madrid, 1984.

GASCÓN Y MARÍN J, “*Municipalización de servicios públicos*”, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1904.

GASCÓN Y MARÍN J, “El municipio empresa”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 1, 1942.

GASCÓN Y MARÍN J, “Las garantías de los derechos de los administrados”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm .55, 1951.

GÁZQUEZ SERRANO L, “*Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*”, Reus, Madrid, 2012.

GIMÉNEZ CERVANTES J, “De la ejecución y modificación de los contratos”, en VV.AA. “*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, Ministerio de Justicia-BOE-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

GIMENO FELIU J M, “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009.

GÓMEZ CALLE E, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en “Lecciones de Responsabilidad Civil”, (Reglero Campos F, coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

GÓMEZ CALLE E, “La responsabilidad por hecho ajeno” en “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, (REGLERO CAMPOS F, BUSTO LAGO J M, coords.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GÓMEZ-FERRER MORANT R, “La sociedad privada municipal concesionaria de servicios públicos” en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*”, (SOSA WAGNER F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GOMEZ-REINO CARNOTA E, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Dereito*, Vol.22, núm. ext., 2001.

GONZÁLEZ M J, “*El universo conservador de Antonio Maura. Biografía y proyecto de Estado*”, Biblioteca Nueva-Fundación Antonio Maura, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ GARCÍA J V, “*Globalización económica y Estado*”, HG editores, libro electrónico, enero 2015.

GONZÁLEZ MORENO B, “*El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*”, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO F, “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 44-45, 1976.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S, “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo Privado en el ámbito de la Administración local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 274-275, 1997.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ S, “¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado?”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1733, 5 de febrero de 1998.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ S, “El concepto y las formas de privatización”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº 7, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S, “La responsabilidad administrativa en casos de “colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas””, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 123, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ J “Naturaleza del procedimiento registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 256, 1949.

GONZÁLEZ PÉREZ J, GONZÁLEZ NAVARRO F, GONZÁLEZ RIVAS J J, “*Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*”, Civitas, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ J, “*Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*”, 4ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

GONZÁLEZ POSADA Y BIESCA A, “*Escritos municipalistas de la vida local*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979,

GONZÁLEZ POSADA Y BIESCA A, “*La crisis del Estado y el Derecho Político*”, Editorial Reus, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ POSADA Y BIESCA A, “*Hacia un nuevo Derecho Político. Reflexiones y Comentarios*”, Editorial Reus, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ REGLERO J , “*1907, El Canal de Isabel II vuelve a ser empresa*”, Comunicación al IX Congreso de la A.E.H.E.

GORE A, “*Un Gobierno más eficiente y menos costoso. Informe de la National Performance Review*”, Edamex, México, 1994.

GRUENING G, “Origin and theoretical bases of New Public Management”, *International Public Management Journal*, núm.4, 2001, págs. 1-25.

GUDÍN R-MAGARIÑOS A E, “La responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados. Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica” , *Anuario da Facultade do Dereito da Coruña*, núm. 14, 2010.

GUILARTE GUTIERREZ V, “La responsabilidad del Registrador derivada de la función calificadora: Sus orígenes, fundamento y necesaria persistencia”, *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 456, 2009.

HAYEK A F, “*Los fundamentos de la libertad*”, Unión Editorial, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ N, “Privatizaciones: Significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3 (1999).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F L, “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, abril 2016.

HERNÁNDEZ LÓPEZ M, “Las acciones de oro y la Comisión Europea”, *Información Comercial Española*, num..831, julio-agosto 2006

HERR R, “*España y la revolución del s. XVIII*”, Aguilar, Madrid, 1988.

HERREROS LÓPEZ J M, “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Revista de los Derechos Sociales*, núm.1, julio-diciembre 2011.

HIBOU B, “*De la privatización de las economías a la privatización de los Estados. Análisis de la formación continua del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

HOOD C, “The “new public management in the 1980s: Variations on a theme”, *Accounting, Organizations and Society Administration*, Vol. 20, num.2/3, 1995.

HOOD C, “*El juego de la culpa. Manipulación, burocracia y autoconservación en el Estado*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.

HOOD C, DIXON R, “What we have to show for 30 years of New Public Management: Higher costs, more complaints”, *Governance*, Vol.28, Iss.3, 2015, págs. 265-267.

HORGUÉ BAENA C, “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la

ejecución de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, sept-dic 1998.

HORTAL IBARRA J C, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, *Indret*, 4/2014.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO J, “Régimen urbanístico del suelo. Ejecución de los planes de ordenación urbana. Sistema de actuación”, en VV.AA., “*Derecho Administrativo. Parte especial*”, Carperi, Madrid, 1995.

IRURZUN MONTORO F, “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995.

IZQUIERDO CARRASCO M, “¿Cabe el empleo de entidades colaboradoras en la supervisión sobre entidades de crédito?”, en “*La Función Inspector. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*” (DÍEZ SÁNCHEZ J J, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

JARABO CALATAYUD A, “La responsabilidad patrimonial por daños derivados de asistencia sanitaria prestada por mutualidades y mutuas patronales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 27, 2008.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ A, “Responsabilidad Administrativa por culpa “*in vigilando*” o “*in omittendo*””, *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, junio 1986.

JIMÉNEZ LECHUGA F J, “Responsabilidad patrimonial e indemnidad de los particulares. El nexo causal y el principio de solidaridad en la materia: el caso de la STS de 15 de julio de 1998”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núms. 286-287, 2001.

JORDANA DE POZAS L, “Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, noviembre-diciembre 1949.

KELMAN STEVEN J, “Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concerns. A contracting management perspective”, en “*Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*” (FREEMAN J, MINOW M (coords.)), Harvard University Press, Cambridge, 2009.

LACRUZ BERDEJO J L, Sancho Rebullida F de A, “*Elementos de Derecho Civil, III Bis, Derecho Inmobiliario Registral*”, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

LAGUNA DE PAZ J C, “La renuncia de la Administración Pública al derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

LAGUNA DE PAZ J C, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto 2001.

LAGUNA DE PAZ J C, “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, *Revista de Administración Pública*, núm 185, mayo-agosto 2011.

LANDROVE DÍAZ G, “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, Tecnos, Madrid, 1985.

LAVILLA RUBIRA J L, “El contrato de gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006, págs. 245-278.

LEGUINA VILLA J, “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre-diciembre 1987.

LEGUINA VILLA J, “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”, en “*La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, (LEGUINA VILLA J, SÁNCHEZ MORÓN M, dir.), Tecnos, Madrid, 1993.

LEGUINA VILLA J, en “*Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 1999.

LEGUINA VILLA J, “La responsabilidad de la Administración Pública. Comentario al artículo 106.2”, en “*Comentarios a la Constitución Española*”, (CASAS M E, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M, dir.) Fundación Wolsters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009.

LESMESS SERRANO C, “Externalización de los servicios públicos”, en *Derecho Administrativo del siglo XXI, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

LLADOSA REDONDO R, “Sociedades Mercantiles y Jurisdicción: La necesidad de una nueva jurisprudencia”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm 32, 2008.

LLISET BORRELL F, “Naturaleza de las entidades urbanísticas colaboradoras”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm.188, 1975.

LLISET BORRELL F, “Vicariedad en el ejercicio de la función administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 80, 1976.

LLISET BORRELL F, “Los actos de los vicarios y de los entes instrumentales jurídico-privados de la Administración pública como objeto del proceso contencioso-administrativo”, en “*La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*”, (Montoro Chiner M J, coord.), Atelier, 2003.

LOPERENA ROTA D, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

LÓPEZ GANDÍA J, TOSCANI GIMÉNEZ D, “*La reforma de las Mutuas*”, Bomarzo, Albacete, 2015.

LÓPEZ GONZÁLEZ E, “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989, págs. 68-96.

LÓPEZ PELLICER J A, “El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a los particulares”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (Sosa Wagner F (coord)). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ-RAMÓN F, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993.

LOZANO CUTANDA B, VAZQUEZ COBOS C, “Una vieja polémica inconclusa: el Tribunal Supremo vuelve a calificar de tasa la contraprestación por el servicio municipal de abastecimiento de agua potable, aunque sea gestionado por empresa privada”, *Análisis Gómez Acebo&Pombo*, mayo 2016.

MACHO PEREZ A B, MARCO PEÑAS E, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014.

MAGALDI MENDAÑA N, “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: En particular, la recepción de la doctrina extranjera por el Profesor Gascón y Marín”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, 2012.

MAGALDI MENDAÑA N, “*Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

MAGALDI MENDAÑA N, “La Legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi de 1903 y el origen de la municipalización de servicios en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, enero-abril 2013.

MAGIDE HERRERO M, “El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la Administración: Especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”, en “*Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997*, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999, págs.373-398.

MALTONI A, "Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla Giurisprudenza ed enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti: Attività amministrative dopo la riforma della L.N. 241/90", en *Le Esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli Amministrativisti italo-spagnoli*, MIGNONE C (coord.), Bononia University Press, Bologna, 2007.

MARRERO GARCÍA-ROJO A, “Los principios garantizados en la Constitución. Comentario al artículo 9.3”, en “*Comentarios a la Constitución Española*”, (CASAS M E, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M, dir.) Fundación Wolsters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009.

MARTIN MATEO R, “*Liberalización de la economía. Más Estado menos Administración*”, Trivium, Madrid, 1988

MARTÍN-PALACÍN GUTIERREZ J L, en Abogacía General del Estado “*Manual de Responsabilidad Pública*”, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2ª edición, 2010.

MARTÍN REBOLLO L, "La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)", *Revista de Derecho Político*, núm. 37,1992.

MARTÍN REBOLLO L, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, enero-junio 1994.

MARTÍN REBOLLO L, “Medios procesales de efectividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la responsabilidad)”, en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes*

públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARTÍN REBOLLO L, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Ene-Abr. 2000.

MARTÍN REBOLLO L, “*Leyes Administrativas*”, 12ª Ed., Cizur Menor, 2006.

MARTÍN REBOLLO L, “*El procedimiento como garantía: (una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios)*” en “*Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*” (LÓPEZ MENUDO F, coord.), Iustel, Madrid, 2011.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER L, "La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinvosorge", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L, “El Derecho Administrativo ante la crisis”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, enero-marzo 2013.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S, “*El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*”, Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S, “La organización administrativa y la aplicación del derecho privado (aspectos subjetivos y operativos”, AA.VV., *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER S, “*Don Antonio Maura, Jurisconsulto*”, en “*Homenaje a Don Antonio Maura*”, Instituto de España, Madrid, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S, "Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, julio-septiembre 2000.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “Nuevo sistema conceptual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “El régimen necesariamente público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 27, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “Fundamento y Delimitación de las Personas Jurídicas Públicas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2011,

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, “Delimitación de las Administraciones Públicas a los efectos del artículo 149.1.18ª CE. Hacia la necesaria superación de la insatisfactoria situación legislativa actual”, en “*Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas . Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*”, (REBOLLO PUIG M, LÓPEZ BENITEZ M, CARBONELL PORRAS E, coords.), Iustel, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ MARÍN A, “*La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*”, Universidad de Murcia, Murcia, 1989,

MÁS CASANOVAS F, “La responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene la figura del contratista o el concesionario de un servicio público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, julio-diciembre 2004.

MEDINA ALCOZ L, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función.”, en “*Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*”, (CANO CAMPOS T, coord.), Iustel, Madrid, 2009.

MEDINA ALCOZ L, “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. A propósito de la STS, Sala 3º, de 27 de septiembre de 2011”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012.

MEDINA ARNAIZ T, “La nueva definición del contrato de gestión de servicios públicos y sus consecuencias prácticas”, *Observatorio de la Contratación Pública*, www.obcp.es (27-09-2011).

MEILÁN GIL J L, “*La cláusula de progreso en los servicios públicos*”, IEA, Madrid, 1968.

MEILÁN GIL J L, “La Administración pública: Naturaleza jurídica”, en “*Administraciones Públicas y Constitución*”, (ÁLVAREZ CONDE E, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

MEILÁN GIL J L, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da Facultade do Dereito da Coruña*, núm. 9, 2005, págs. 527-541.

MEILÁN GIL J L, “Administración pública y función registral”, *Anuario da Facultade do Dereito da Coruña*, núm. 14, 2010, págs. 525-547.

MEILÁN GIL J L, “El paradigma de la buena Administración”, *Anuario da Facultade do Dereito da Coruña*, núm. 17, 2013, págs. 233-258.

MELERO ALONSO E, “El nuevo modelo de gestión de los servicios públicos del agua en la Comunidad de Madrid. La privatización de la financiación de Canal de Isabel II Gestión S.A.”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 281, abril 2013.

MELLADO PRADO P, “La responsabilidad política del Gobierno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.

MELLADO RUÍZ L, “Principio de buena administración y aplicación indirecta del derecho comunitario: Instrumentos de garantía frente a la “comunitarización” de los procedimientos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.27, 2008.

MENEGUZZO M, “De la *New Public Management* a la *Public Governance*: el péndulo de la investigación acerca de la Administración Pública”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10, septiembre-diciembre 1997, págs. 33-41.

MENÉNDEZ P, “Capacidad procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, en “*Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*”, (Soriano García J E, (dir.), Iustel, Madrid, 2014.

MENENDEZ REXACH A, “Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005

MENÉNDEZ REXACH A, “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 6, núm. 2, 2008.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN E M, “*La Administración al servicio de la justicia social*”, Iustel, Madrid, 2016.

MERCADER UGUINA J R, “Comentario al artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social”, en “*Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*”, (García Perrote Escartín I, Mercader Uguina J R, dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

METZGER G E, “Privatization as delegation”, *Columbia Law Review*, Vol. 103, núm. 6. (Oct., 2003).

MÍGUEZ MACHO L, “*Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*”, Cedecs, Barcelona, 1999.

MINOW M, “Outsourcing Power. Privatizing military efforts and the risks to accountability, professionalism and democracy” en “*Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*”, (FREEMAN J, MINOW M (coords.)), Harvard University Press, Cambridge, 2009.

MIQUEL J M, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, núm. 4, 1983.

MIR PUIGPELAT O, “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, *www.indret.com*, julio 2003.

MIR PUIGPELAT O, “*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 2004.

MIR PUIGPELAT O, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*”, Edisofer, Madrid, 2012.

MOLINS GARCÍA-ATANCE J, “Las novedades competenciales de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Aranzadi Social*, núm.10, 2012.

MONTES WORBOYS F, “El trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas que suponen un riesgo cierto de fuga del Derecho Administrativo”, *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, Año VI, núm. 1, 2010.

MONTORO CHINER M^a J y HILL PRADOS M^a C, “*Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*”, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

MONTOYA MARÍN E, “*Las empresas públicas sometidas a Derecho privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1996.

MORA RUÍZ M, “Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la Actividad en el ámbito Local: Aproximación a su régimen jurídico. ¿Nuevas Técnicas Administrativas?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012.

MOREU CARBONELL E, “La Administración “neopolicial”. Autorización administrativa y sistemas alternativos (comunicación previa y declaración responsable)”, en “*El impacto de la Directiva Bolkestein y la Reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*”, (CARBONELL MOREU E, ed.) Gobierno de Aragón (Departamento de Presidencia), Zaragoza, 2011.

MUÑOZ MACHADO S, “*La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*”, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO S, “*La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo*” en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”, (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J L, CALONGE VELÁZQUEZ A, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999.

MUÑOZ MACHADO S, “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*”, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2006.

NAPOLITANO G, “La Pubblica Amministrazione e le regole dell' esternalizzazione”, en “*Le Esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli Amministrativisti italo-spagnoli*”, (MIGNONE C (coord.), Bononia University Press, Bologna, 2007.

NAVARRO MUNUERA A, “El papel de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la garantía de la eficacia de los servicios públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en “*La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*”, (MONTORO CHINER M J, coord.), Atelier, Barcelona, 2003.

NAVAS CASTILLO A, “Veinticinco años de control jurisdiccional de la actividad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, núm. 58-89, 2003-2004.

NEVADO-BATALLA MORENO P T, “Responsabilidad de los servidores públicos: Rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, en “*La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*”, (FABIÁN CAPARRÓS E A, coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2000.

NIETO DE ALBA U, “El capitalismo popular como estabilizador social”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 33, septiembre-diciembre 1980

NIETO GARCÍA A, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37, enero-abril. 1962.

NIETO GARCÍA A, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

NIETO GARCÍA A, “*Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado*”, intervención en la sesión del 22 de abril de 2008 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, www.racmyp.es.

NIETO A, “*Crítica de la Razón Jurídica*”, Trotta, Madrid.

NIETO A, “*El desgobierno de lo público*”, Ariel, Barcelona, 2008.

NIETO GARRIDO E, “El *new public management* y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 391-417.

NOGUEIRA LÓPEZ A, “La Administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, en “*La termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*”, (NOGUEIRA LÓPEZ A (dir.)), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

NOGUEIRA LÓPEZ A, “Responsabilidad por daños ambientales”, en Quintana López T, Casares Marcos A (dir.), “*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio General y ámbitos sectoriales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NÚÑEZ LOZANO M C y MALDONADO SAAVEDRA S, “El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5ª, recurso núm. 4035 de 1995)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 77 Mayo-Agosto 2010.

NÚÑEZ LOZANO M C, “Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

OCDE, “*La modernización del Estado: El camino a seguir*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.

OLIVA BLAZQUEZ F, “Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable”, *InDret*, 4/2010.

ORTEGA MARTÍN E, “Derecho público y privado en la actuación de la Administración pública” en “*Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*”, (MALARET GARCIA E, coord.), Civitas, Madrid, 2000.

ORTIZ VAAMONDE S, “*El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros*”, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2004.

OSBORNE D, GAEBLER T, “*La reinención del gobierno: La influencia del espíritu empresarial en el sector público*”, Paidós, Barcelona 1994.

OSSENBÜLH F, “Informe sobre la República Federal de Alemania. La Administración en la forma jurídica privada y a través de entidades privadas”, *Autonomies*, núm. 15, diciembre 1992.

PADRÓS REIG C, “*La Administración Invisible, Panorama General y ejemplos prácticos de entidades colaboradoras de la Administración pública*”, Dykinson, Madrid, 2010.

PADRÓS REIG C, “La relevancia de la Culpa in Vigilando en la regulación y supervisión financiera y bancaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.128, 2012.

PALOMAR OLMEDA A, “Simplificación Administrativa”, en *“La Ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre”*, (DE LA QUADRA SALCEDO T, dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

PANIZA FULLANA A, “Repetición de la Administración responsable frente al fabricante y distribuidor del producto causante del daño. (A propósito de la STS de 15 de noviembre de 2010)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.2, 2011.

PANTALEÓN PRIETO A F en VV.AA. *“Comentario del Código Civil”*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

PANTALEÓN PRIETO F, “Perserverare Diabolicum. (¿Otra vez vez la responsabilidad en el Código Penal?), *Jueces para la Democracia*, núm. 19 (2/1993).

PANTALEÓN PRIETO F, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996.

PARADA R, *“Derecho Administrativo”*, Tomo II, Organización y Empleo Público, Marcial Pons, Madrid, 1990.

PARADA VÁZQUEZ J R, “La privatización del urbanismo español. Reflexión de urgencia ante la Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y Valoraciones”, *Documentación Administrativa*, núm. 252-253, septiembre 1998-abril 1999.

PAREJO ALFONSO L, *“Garantía institucional y Autonomías Locales”*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

PAREJO ALFONSO L, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989.

PAREJO ALFONSO L, “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *“La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*, (LEGUINA VILLA J, SÁNCHEZ MORÓN M (dir.), Tecnos, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO L, *“El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”*, en *“Administraciones Públicas y Constitución”*, (ÁLVAREZ CONDE E, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

PAREJO ALFONSO L, "El Estado Social Administrativo. Algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000.

PAREJO ALFONSO L, “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (SOSA WAGNER F (coord)). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

PAREJO ALFONSO, “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización”, en *“La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000”*, (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

PAREJO ALFONSO L, “El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: Fundamento, condicionamientos, alcance y composición”, en *“Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid”*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.

PAREJO ALFONSO L, “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público”, en *“Estudios sobre la Ley de contratos del sector público”*, (COLAS TENAS J, MEDINA GUERRERO M, coords.), Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009.

PAREJO ALFONSO L, “Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España”, en *“Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo”*, (BARNÉS J, (ed.)), 2ª edición, Instituto Nacional de Administración Pública-Global Law Press, Sevilla, 2012.

PAREJO ALFONSO L, “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo”, en *“Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela”*, (REBOLLO PUIG M, LÓPEZ BENITEZ M, CARBONELL PORRAS E, coords.), Iustel, Madrid, 2015,

PAREJO ALFONSO L, *“La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PARRA LUCÁN M A, “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales “existentes” en el momento de su notificación”, *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*, www.uclm.es/centro/cesco, 7 de enero de 2015.

PASCUAL MARTÍN J I, *“Policía urbana y gestión urbanística en la legislación de ensanche y de reforma interior”*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012.

PASQUAU LIAÑO M, “El ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración pública”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*”, núm. 25, 2008.

PASTOR LÓPEZ M, en Abogacía General del Estado, *“Manual de Responsabilidad Pública”*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

PEMAN GAVÍN J, “La responsabilidad de Correos por daños causados a los usuarios”, *Revista de Administración Pública*, núm. 99, septiembre-diciembre 1982.

PÉREZ MORENO A, “La responsabilidad por daños de concesionarios y contratistas en el núcleo de la cuestión jurisdiccional sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *“Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997”*, (CALONGE VELÁZQUEZ A, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ J L, coords.), Marcial Pons, Madrid, 1999.

PÉREZ ROYO J, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.10, enero-abril 1984, págs. 157-181.

PÉREZ TENESSA A, *“Compendio de la doctrina del Consejo de Estado”*, BOE-Consejo de Estado, Madrid, 2003.

PIMENTA DA COSTA GONÇALVES P A, *“Entidades Privadas com Poderes Públicos. O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas”*, Almedina, Coimbra, 2005.

PIÑAR MAÑAS J L, "Reforma sanitaria ¿privatización a través de fundaciones?", en *"La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000"*, (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

PONCE SOLÉ J, "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril 1996.

PONCE SOLÉ J, *"El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social"*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

PRATS I CATALÁ J, *"De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo"*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *"Le esternalizzazioni nelle amministrazioni pubbliche. Indagine sulla diffusione delle pratiche di outsourcing"*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2005.

PULIDO QUECEDO M, "La responsabilidad patrimonial del TC y del Defensor del Pueblo (Un apunte jurisprudencial)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2010.

QUINTANA LÓPEZ T, RODRÍGUEZ ESCANCIANO S, "Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero 2012.

QUINTERO OLIVARES G, CAVANILLAS MÚGICA S, DE LLERA SUAREZ-BÁRCENA E, *"La responsabilidad civil "ex delicto"*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

RASTROLLO SUÁREZ J J, *"Poder Público y propiedad privada en el urbanismo: La Junta de Compensación"*, Reus, Madrid, 2013.

RASTROLLO SUÁREZ J J, GARCÍA JIMÉNEZ A, "Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana", en *"Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)"*, (GIMENO FELIU J M, dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A., "La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 38, 2004.

REAL FERRER G, "La solidaridad en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto 2003.

REBOLLO PUIG M, "La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: Concesiones y Conciertos", *Derecho y Salud*, Vol. 8, núm. 1, enero-junio 2000.

REBOLLO PUIG M, "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial", en VV.AA., *"Estudios para la reforma de la Administración Pública"*, (Sainz Moreno F, coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

REBOLLO PUIG M, “*La reclamación de la indemnización*”, en Quintana López T (dir.) “*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*”, Tomo I, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2013.

REBOLLO PUIG M, “La reacción ante el incumplimiento de las normas de ordenación comercial”, en “*Derecho de la Regulación Económica, IX, Comercio interior*”, Tomo II, Iustel, Madrid, 2013.

REBOLLO PUIG M, “Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites”, “*El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*”, núm. 48, Iustel, 2014.

REBOLLO PUIG M., “El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales”, en “*Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*”, (Soriano García J E, dir.), Iustel, Madrid, 2014.

RIESCO TERRERO A, “El notariado de la Corona de Castilla e Indias en el siglo XVII: Los oficios públicos escribaniles y principales tipos documentales emitidos con intervención del notariado”, *V Jornadas Científicas sobre documentación de Castilla e Indias en el siglo XVI*, Juan Carlos Galende Díaz (dir.), Universidad Complutense, Madrid, 2006.

RIPOL CARULLA S, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, septiembre-diciembre 2010.

RIVERO ORTEGA R, “*Administraciones Públicas y Derecho Privado*”, Marcial Pons, Madrid, 1998.

RIVERO ORTEGA R, “*El Estado Vigilante*”, Tecnos, Madrid, 2000.

RIVERO ORTEGA R, “Instituciones jurídico administrativas y prevención de la corrupción” en “*La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*” (FABIÁN CAPARRÓS E A, coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2000.

RIVERO ORTEGA R, “Responsabilidad concurrente”, en “*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*”, (QUINTANA LÓPEZ T (dir.)) Tomo I, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2013.

RIVERO ORTEGA R, “*Derecho Administrativo Económico*”, 6ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RIVERO YSERN E, “*El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*”, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969.

RIVERO YSERN E, “La protección del usuario de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978.

RIVERO YSERN E, FERNANDO PABLO M, “*Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública en España*”, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.

ROCA AGAPITO L, “Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm.31/2013.

RODRIGO DE LARRUCEA J, “*Seguridad Marítima. Teoría General del Riesgo*”, Marge Books, Sabadell (Barcelona), 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA J, “Nuevas orientaciones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, *Actualidad Administrativa*, núm. 27, 2002.

RODRÍGUEZ-ARANA J, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm.12, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J, "La privatización municipal en España", *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 27, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA J, “*El derecho a una buena administración para los ciudadanos. Un modelo global de Administración*”, Instituto Nacional de Administración Pública-Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA J, “La clausula del Estado Social de Derecho y los Derechos Fundamentales Sociales”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 21, enero-junio 2014, págs. 263-290.

RODRÍGUEZ BEREJO A, “El Gasto Público en perspectiva constitucional: De la Constitución de 1978 a la reforma constitucional de 2011”, Intervención General de la Administración del Estado, “*XVIII Jornadas de Presupuestación, Contabilidad y Control Público. Contabilidad, Transparencia y Responsabilidades Públicas*”, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ CARDO I A, “El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Una visión panorámica del mutualismo militar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

RODRÍGUEZ FONT M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva de Servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, en “*La termita Bolkenstein*”, *Mercado único vs. derechos ciudadanos*”, (Nogueira López A (dir.)), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J M, “*La administración del Estado Social*”, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J M, Comentario al artículo 53.3 en “*Comentarios a la Constitución Española*”, (CASAS BAAMONDE M E, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M (dir.)), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MARMOL M P, “*El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico administrativo*”, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ROSADO PACHECO S, “La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 184 (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXX, 2010.

ROYO FERNÁNDEZ CAVADA S, “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núms. 61-62, 1933

ROYO VILLANOVA S, “La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950”, *Revista de Administración Pública*, núm. 4, Ene-Abr. 1951.

ROYO VILLANOVA S, “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, nov-dic, 1949.

RUEDA LAFFOND J C, “*El Agua en Madrid. Datos para la historia del Canal de Isabel II*”, Fundación Empresa Pública, Madrid, 1994.

RUIZ LÓPEZ J, CUELLAR MARTÍN E, “La gestión de calidad en las Administraciones públicas españolas. Balance y perspectivas”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10, julio-diciembre 2013.

SABATINO JACK M, “Privatization and Punitives: Should Government contractors share the sovereign’s immunities from exemplary damages?”, *Ohio State Law Journal*, vol. 58, núm. 1, 1997.

SÁINZ MORENO F, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm 100-102, enero-diciembre 1983.

SÁINZ MORENO F, HERRERO DE PADURA M, “*Constitución española: trabajos parlamentarios*”, Tomo I, 2ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

SÁINZ MORENO F, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T R, “*Notario, función notarial y garantía constitucional*”, Civitas, Madrid, 1989.

SÁINZ MORENO F, en “*Derecho de los contratos públicos*”, (PENDÁS GARCÍA B, coord.), Praxis, Barcelona, 1995.

SALA ARQUER J M, “Huida al derecho privado y huida del derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992.

SALA ARQUER J M, “Sociedades mercantiles estatales y sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016.

SALAS CARCELLER J A, “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad”, *Revista SEPIN*, septiembre 2007.

SALAS CARCELLER J A, “Responsabilidad cuasiobjetiva de la compañía titular del Metro de Madrid por agresión a un usuario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 3/2009.

SALAS HERNÁNDEZ J, “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, 1975.

SALVADOR CODERCH P, “Punitive Damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000.

SALVADOR CODERCH P, GÓMEZ LIGÜERRE C I, RUIZ GARCÍA J A, RUBÍ PUIG A, PIÑEIRO SALGUERO J, “Respondeat Superior I”, *Indret* 02/2002.

SALVADOR CODERCH P, GÓMEZ LIGÜERRE C I, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *Indret* 03/2002.

SÁNCHEZ CARREIRA M C, “Una visión crítica del proceso de privatizaciones en la economía española”, *Comunicación a las VIII Jornadas de economía crítica sobre la globalización, regulación pública y desigualdades*: Valladolid, 28 de febrero al 2 de marzo de 2002.

SÁNCHEZ LEMA G A, “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas”, *Auditoría Pública. Revista de los órganos autonómicos de control externo*, núm. 64, noviembre 2014.

SÁNCHEZ MORÓN M, “Comentario al artículo 103 CE”, en “*Comentarios a la Constitución Española*”, (CASAS M E, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M, dir.) Fundación Wolsters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009.

SANCHEZ MORÓN M, “Comentario al artículo 2 de la LRJ-PAC” en “*Comentarios a la Ley 30/92*”, Lex Nova, Valladolid, 2013.

SÁNCHEZ MORÓN M, “La regulación del sector público institucional en el proyecto de ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

SANTAMARÍA PASTOR J A, “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SANTAMARÍA PASTOR J A, “*Principios de Derecho Administrativo General*”, Tomo I, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR J A, “*Principios de Derecho Administrativo General*”, Tomo II, Iustel, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR J A, “Los proyectos de ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

SANZ PÉREZ A. L, “¿Enjuicia el Tribunal Supremo al Constitucional?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2010.

SANZ RUBIALES I, “Criterios del Consejo de Europa y del ordenamiento español: Algunos problemas” en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SCHMIDT-ASSMAN E, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo” en “*Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*”, (BARNÉS J, (ed.)), 2ª edición, Instituto Nacional de Administración Pública-Global Law Press, Sevilla, 2012.

SCHMITT C, “*Teoría de la Constitución*”, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

SEIJAS QUINTANA J A, en “*Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*”, SEPIN, Las Rozas (Madrid), 2015.

SEMPERE NAVARRO A.V, “*Estudio introductorio: Las Mutuas tras la Ley 35/2014: Una visión global*”, en MANZANO BAYÁN P, ESCOLANO MARTÍNEZ D, CID BABARRO C, “*Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora*”, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SERRERA CONTRERAS P L, en VV.AA., “*Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, Tomo II, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 1993.

SILVELA F A, “*Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*”, Imprenta Nacional, Madrid, 1839.

SOCIEDAD DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, “La urgente reforma del sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012.

SOSA WAGNER F, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

SOSA WAGNER F, “*Juristas en la Segunda República. I. Los iuspublicistas*”, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SORIANO GARCÍA J E, “Liberalización económica, Sector Público y Derecho Administrativo”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, junio 2011.

SOTELO I, “*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*”, Trotta, Madrid, 2010.

SOTO LOSTAL S, “Regresividad, derechos constitucionales y Estado social”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio-diciembre 2013.

STARR P, “The meaning of privatization”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 6, núm.1, 1988.

SUÁREZ OJEDA M, “Sobre la cesión tácita de las obras de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril 1996.

TARDÍO PATO J A, “La diferencia entre la “vía de hecho expropiatoria” y los daños que dan lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración”, en “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*”, (Sosa Wagner F, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TOMÁS MALLÉN B, “*El derecho fundamental a una buena administración*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

TORNOS MAS J, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011.

TORNOS MAS J, “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015”, *Diario del Derecho Municipal*, 10 de marzo de 2016.

TRISCIUIOGLIO A, “Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana”, en FERNÁNDEZ DE BUJAN A (dir.) “*Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*”, Dykinson, Madrid, 2013.

TRONCOSO REIGADA A, “*Privatización, Empresa Pública y Constitución*”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

TRONCOSO REIGADA A, “Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El caso del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, septiembre-diciembre 1999.

VAQUER CABALLERÍA M, “Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”, *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 2, 1999.

VAQUER CABALLERÍA M, “Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: Las enseñanzas de una experiencia truncada”, en “*La organización de los servicios públicos sanitarios. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000*”, (PAREJO L, LOBO F, VAQUER M, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

VAQUER CABALLERÍA M, “*La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VAQUER CABALLERÍA M, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm., 186, septiembre-diciembre 2011.

VAQUER CABALLERÍA M, “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.

VÁZQUEZ PITA J M, “*La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.

VELASCO CABALLERO F, “*Derecho Público más Derecho Privado*”, Marcial Pons, Madrid, 2014.

VELASCO CABALLERO F, “Sujetos privados en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables para el control municipal de actividades económicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 164/2014.

VERDERA SERVER R, “*La responsabilidad civil del Notario*”, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VIEIRA DE ANDRADE J C, “Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração pública em Portugal”, en “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*”, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VILLALBA PÉREZ F, “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 296-297.

VILLAR EZCURRA J L, “*La responsabilidad en materia de servicios públicos*”, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1981.

VILLAR PALASÍ J L, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3, septiembre-diciembre 1950.

VILLAR ROJAS F J, “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: Las experiencias de Valencia y Madrid”, *Derecho y Salud*, vol.17, 2009.

VIÑUALES FERREIRO S, “La constitucionalización del derecho a una buena Administración en la Unión Europea: ¿Nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27-28, 2014-2015.

XIOL RÍOS J A, “*El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados*”

www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaJuanAntonioXiolRios.html

YZQUIERDO TOLSADA M, “¿Responsabilidad de la entidad sanitaria elegida por el mutualista de MUFACE en los casos de mala práctica médica? TS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno 13-10-2015”, *Revista SEPIN Responsabilidad Civil, Tráfico y Seguro*, mayo 2016.

ZAMBONINO PULITO M, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios ¿huida o vuelta al derecho administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, 2016.