

A VUELTAS CON EL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS Y SU EJERCICIO POR LOS PARTICULARES. NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO ^(*)

Josefa Cantero Martínez

Josefa.cantero@uclm.es

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

SUMARIO: I. La colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, en general. II. Los nuevos fenómenos de colaboración privada en el ejercicio de potestades públicas. III. ¿Qué se entiende realmente por ejercicio de potestades públicas? los problemas derivados de la inexistencia de una definición legal. IV. Los mecanismos para efectuar el traslado de funciones públicas a los particulares y las dificultades que plantean los distintos títulos habilitantes. V. Algunos apuntes sobre la incidencia de estos fenómenos en el Derecho Administrativo y los nuevos retos que plantean.

I. LA COLABORACIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS, EN GENERAL

La colaboración de los particulares en la realización de funciones públicas y los intentos de explicación y ordenación de estos supuestos no son en modo alguno un fenómeno nuevo en el ámbito del Derecho Administrativo¹. Así, se han aceptado sin discusión las denuncias de los delitos o de actividades ilícitas por parte de los ciudadanos, las obligaciones por razón de ciertas profesiones (como por ejemplo, el turno de oficio de los abogados), los deberes que derivan de ciertos estados de necesidad, la detención de delincuentes cogidos *in fraganti*, el ejercicio de la acción popular, la participación a través de órganos colegiados y, sobre todo, la concesión de los servicios públicos y demás modalidades de contratación administrativa. Se han explicado, asimismo, aquellas profesiones privadas cuyo objeto preciso es el desempeño

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 18 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el PENDIENTE (Tomás Font)

¹ Referencias a este fenómeno pueden encontrarse, por ejemplo, en GÉNY, B, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Paris, 1930; LAUBADERE, André, *Traité de Droit Administratif*, tomo II, 1975, pág. 13; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, Paris, 1957, pág. 742; AUBY, Jean Marie y DUCOS ADER, Robert, *Droit Administratif*, 1967, pág. 23; SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libreria, 1912; LA TORRE, en *Elementi di Diritto Amministrativo*, 1925, ZANOBINI, Guido, "L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici", publicado entre otras obras, en sus *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955, págs. 87 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, págs. 168 y 169; ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, tomo I, Milano, 1971, págs. 172 y ss.; GASCÓN Y MARÍN, J, en su *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Madrid, Imprenta clásica española, 1917, págs. 348; MALARET GARCÍA, Elisenda, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *Revista de Administración Pública*, n° 145, 1998, págs. 72 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los Fundamentos del Derecho Administrativo I*, Ceura, Madrid, reimpresión de enero de 1991, págs. 164 y 165; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 320 y ss.; FANLO LORAS, Antonio, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 20 y 21; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 495 a 498.

de una función pública como el notario o el árbitro de Derecho privado, así como aquéllas en las que, a pesar de tener como objeto principal una función privada, llevan aneja una función de carácter público, tal como sucedería con el capitán de buque, el comandante de aeronave, el agente de cambio y bolsa, el corredor colegiado de comercio², etc. Más reciente y novedosa es la intensa colaboración que se está produciendo en los últimos años de los sujetos privados en el ejercicio de potestades que implican el ejercicio de autoridad pues, como ha sostenido LÓPEZ MENUDO, no hay situación más peligrosa para la libertad, la seguridad jurídica -e incluso para la igualdad- que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas³.

En el Derecho actual, tal como tempranamente advirtió SAINZ MORENO, el ejercicio privado de funciones públicas ya no puede ser considerado como un residuo de una categoría histórica, sino como una respuesta a la necesidad de romper la rígida distinción entre funcionario y profesional libre para dar cabida a los supuestos intermedios en los que el interés público exige, no sólo la incorporación de elementos profesionales con sus propias características, sino también su sometimiento a cierto grado de control por parte de la Administración. De ahí, que su utilización reaparezca cuando nuevas necesidades lo exigen, tal como podríamos decir en la actualidad que sucede con los nuevos fenómenos de colaboración de los sujetos privados en el ejercicio de potestades públicas. Por ello, esta categoría, lejos de ser un mero fenómeno histórico llamado a desaparecer, se muestra más bien como un elemento del Derecho Público actual, cuya utilidad es manifiesta⁴. Sin embargo, todavía son muchos los problemas que este fenómeno plantea y grandes los retos que plantean para nuestra disciplina.

II. LOS NUEVOS FENÓMENOS DE COLABORACIÓN PRIVADA EN EL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

Desde hace años, efectivamente, asistimos a fenómenos complejos que denotan un traslado a sujetos privados de potestades públicas, especialmente de las funciones de autorización, inspección y certificación que antes realizaba directamente la Administración y que han pasado por voluntad del propio legislador a ser desarrolladas por los sujetos privados en importantes sectores de la actuación administrativa. Incluso la potestad eminentemente pública que supone la elaboración de normas ha pasado en algunos sectores a ser ejercida por sujetos privados. Así ha sucedido en materia de seguridad industrial con los denominados organismos de normalización, que han sido configuradas por nuestro legislador como entidades privadas sin ánimo de lucro que

²SAINZ MORENO, Fernando, "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, nº 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 1778 y 1779. Si tomamos la profesión de capitán de buque, a modo de ejemplo, nos encontramos con que el capitán, además de cumplir sus tareas de carácter marítimo, ejerce importantes funciones públicas que le atribuye directamente el ordenamiento administrativo: poder de mando o poder de a bordo, lo que incluye la potestad para instruir delitos cometidos a bordo e imponer penas correccionales por incumplimiento de las normas de la Marina Mercante, potestad disciplinaria sobre los tripulantes, oficiales y pasajeros; es el representante del Registro Civil y, como tal debe formalizar las actas de los nacimientos ocurridos en el buque, así como autorizar matrimonios en inminente peligro de muerte; como fedatario público, el capitán autoriza el testamento marítimo. En definitiva, pues, a pesar de ser un profesional privado que es nombrado por el naviero, queda ligado a éste por una relación de empleo para realizar una actividad que comprende, por ministerio de la ley, el ejercicio de ciertas funciones públicas.

³LÓPEZ MENUDO, F., "El Derecho Administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias", en la obra colectiva titulada *La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo*, volumen I, Civitas, Madrid, 1994, pág. 574.

⁴SAINZ MORENO, *op.cit.*, págs. 1778 y 1779.

desarrollan en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, con la intención de unificar criterios respecto a determinadas materias y de posibilitar la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos⁵.

Sin duda, las políticas de la Unión Europea, destinadas a promover la liberalización de los sectores económicos, la falta de conocimientos técnicos para la realización de funciones que cada vez son más complejas y una mayor eficiencia en la prestación de estos servicios en términos de calidad y reducción de costes, han contribuido a la acentuación de esta tendencia que, por lo demás, no es sino un reflejo de las importantes transformaciones sociales que se están produciendo en los últimos años, que también tienen su incidencia en el Derecho Administrativo y han provocado lo que algunos autores han denominado ya como una “pérdida por los entes públicos del monopolio de la acción administrativa como actividad dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas⁶”. Sin embargo, no está exenta de importantes problemas por la falta en nuestro ordenamiento jurídico de figuras que sirvan para dar respuesta a estos nuevos fenómenos, tal como veremos en el epígrafe siguiente.

Son varios los escenarios que muestran una transferencia de potestades públicas hacia los sujetos privados. Podemos citar, como más significativos, la inspección técnica de vehículos, la materia de seguridad y calidad industrial, la inspección de buques, la verificación medioambiental⁷, la inspección de la edificación⁸, etc. La nota común de todos ellos radica en la imposibilidad de la Administración para hacer frente a

⁵ Para profundizar sobre esta materia y, más concretamente, sobre los problemas de legitimación que plantea en este escenario la creación de normas por los sujetos privados nos remitimos a ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *Revista de Administración Pública*, nº 99, 1998, págs. 343 y ss.

⁶ En palabras de MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP* nº 84, 1977, pág. 527.

⁷ Véase al respecto a NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, “Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 2, 2009, así como a CASADO CASADO, Lucía, FUENTES I GASÓ, Joseph Ramón, JARIA i MANZANO, Jordi y PALLARÈS SERRANO, Anna, *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2010.

⁸La misma tendencia se observa, por poner otro ejemplo, en materia de control de la calidad de la edificación. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, las edificaciones que se pretendan realizar deben cumplir con todos los requisitos y exigencias básicas de seguridad y de calidad establecidos en el denominado Código Técnico de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación). En dicha Ley se instituyen las entidades de control de la calidad y laboratorios de control como entidades capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable. Pues bien, la Administración está obligada a velar por el cumplimiento de los requisitos exigibles a las entidades o laboratorios, para lo cual podrá comprobar, verificar e investigar los resultados de la asistencia técnica, así como inspeccionar sus instalaciones y los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan. Sin embargo, dicha actividad de inspección puede ser sustituida por las certificaciones emitidas por los correspondientes organismos de control independientes. No otra cosa se deduce de la previsión contemplada en el art. 5.4 del *Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación*, que permite a la Administración “reducir” las inspecciones “que pretenda realizar cuando “la entidad o el laboratorio aporten auditorías, evaluaciones técnicas y certificaciones emitidas por un organismo especializado e independiente, designado o reconocido por el órgano competente”.

todas estas funciones ante la complejidad técnica que implican y la falta de tecnología o de conocimiento experto en la Administración.

Así, si tomamos como ejemplo lo ocurrido en el ámbito de la seguridad y calidad industrial, vemos que se ha producido un importantísimo salto cualitativo en cuanto al ejercicio de potestades públicas. En este ámbito, la colaboración de los particulares con la Administración ha sido siempre una nota común, dada la experiencia técnica del sector privado. La existencia de una infraestructura especializada y del conocimiento técnico necesario ha sido aprovechada por la Administración, que se ha apoyado en las verificaciones, ensayos y controles de los sujetos privados para el posterior ejercicio de sus funciones administrativas. El dato más significativo, no obstante, era que el ejercicio de las potestades públicas, el ejercicio de autoridad, se producía por el órgano investido de potestad para ello, esto es, la propia Administración⁹. Las funciones materiales de inspección y control del cumplimiento de los requisitos técnicos de seguridad de los productos e instalaciones industriales se realizaban normalmente con la colaboración técnica de laboratorios de ensayo y calibración. En la actualidad, sin embargo, los cambios producidos en esta materia han sido sumamente relevantes. Si antes el papel de los sujetos privados se limitaba a realizar una mera tarea auxiliar de apoyo eminentemente técnico a la Administración, ahora éstos se han convertido directamente en los protagonistas y sujetos principales de este tipo de funciones al haber sido directamente habilitados y designados por el legislador para el ejercicio de funciones administrativas que implican, en nuestra terminología, el ejercicio de potestades públicas. Ello ha ocurrido a raíz de la Ley de Industria (Ley 21/1992, de 16 de julio, modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) y del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de infraestructura para la calidad y seguridad industrial (modificado por el Real Decreto 338/2010, de 19 de marzo), que han configurado toda una pléyade de organismos privados a quienes se atribuyen claras funciones públicas en esta materia, tanto normativas como inspectoras y certificadoras. Así, son estos sujetos privados quienes elaboran los requisitos y especificaciones técnicas que condicionan después la fabricación de los productos o la propia instalación de las empresas, pues se entiende que son ellos quienes poseen el conocimiento experto y los sofisticados medios para hacerlo y los que después realizan las funciones ejecutivas de inspección, certificación y control del cumplimiento de las normas técnicas. El ejercicio de prerrogativas públicas que supone la toma de decisiones y declaraciones vinculantes es realizado por sujetos privados, que son los que poseen el conocimiento experto y los medios técnicos necesarios para realizar estas funciones. “Es la actividad jurídico-administrativa la que se cede a instancias privadas, con indiscutibles efectos públicos¹⁰”.

Es tal la intensidad que está alcanzando este fenómeno que, en ocasiones, da la impresión de que la Administración ha asumido ya como algo normal la colaboración de los sujetos privados, incurriendo en una clara dejación de sus propias funciones. Buena muestra de ello, por ejemplo, se encuentra en el ámbito de la edificación. Las

⁹ Seguimos en este punto a CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos”, *Revista de Administración Pública*, nº 178, 2009, págs.101 y ss.

¹⁰ CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pág. 300. La doctrina no duda de que las tareas de control, inspección y certificación realizadas por los sujetos privados en sectores afectados por la complejidad técnica y sus riesgos son auténticas funciones de autoridad (pág. 195).

entidades de control y los laboratorios de control de la calidad son los sujetos privados que se encargan de acreditar que la edificación que se proyecta cumple todos los requisitos técnicos de calidad y seguridad que exige la correspondiente normativa. Obviamente la actuación que realizan estas entidades está sometida siempre al control y a la inspección por parte de la Administración. Sin embargo, la Administración puede “reducir” dichas inspecciones si la entidad aporta previamente auditorías, evaluaciones técnicas y certificaciones emitidas a su vez por otro organismo técnico especializado e independiente, que es otro sujeto privado (art. 54 del Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, antes citado). Es decir, en el mejor de los escenarios posibles, la Administración comparte el ejercicio de su potestad inspectora. En el peor, su actividad de inspección es directamente suplida por la que realice un sujeto privado.

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE REALMENTE POR EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS? LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INEXISTENCIA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL

En nuestro Derecho positivo no existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas, aunque se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles¹¹. Este intento de dividir o de clasificar la actividad de la Administración en virtud de la naturaleza de las funciones que realiza resulta ciertamente bastante complicado y recuerda a la polémica doctrinal que tuvo lugar en Francia a finales del siglo XIX, cuando se intentó presentar como una manifestación de la clásica distinción entre actos de gestión y los actos del poder público¹². Según esta elaboración doctrinal, que tiene su origen en la obra de 1887 de LAFERRIERE, todo el Derecho administrativo se encontraría partido en dos grandes ramas fundamentales, la pública y la privada, de tal manera que toda actuación administrativa podría ser sometida o bien a reglas de Derecho público o bien a reglas de Derecho privado. Según esta concepción, la Administración tiene una doble misión. Por una parte, "la Administración está encargada de velar por la riqueza pública y su empleo, asegurar la percepción de los ingresos de toda clase y su aplicación a los servicios públicos. Los actos que realizan para cumplir esta misión se llaman actos de gestión. Pero, por otro lado, la Administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Está encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. La Administración actúa en este sentido como autoridad, como poder y los actos que realiza son actos de mando o de poder público¹³". Según estos planteamientos, el poder público no es un derecho de una persona jurídica que se pueda trasvasar, es la función de un

¹¹ SAINZ MORENO, Fernando, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP*, nº 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 1778 y 1779, ya advirtió que aunque la expresión “función pública” resulta difícil definirla, se utiliza para designar ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos como pueden ser, por ejemplo, las funciones de dar fe con presunción de verdad, ejercer la autoridad, imponer correctivos o sanciones, ejercer la potestad arbitral, contribuir a la formación de los precios de contratación.

¹² Véase entre otros a GAUTIER, *Précis des matières administratives*, 1880, t. II, pág. 192; DARESTE, *La justice administrative en France*, 1ª edición, 1862, pág. 222; DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6ª edición, 1881, t. 1, pág. 208.

¹³ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ª edición, París, 1896, págs. 186, 187 y 479.

órgano del Estado y está sometida al Derecho público. Cuando la Administración ejerce el poder público que le ha sido delegado, no domina entonces el principio de igualdad en sus relaciones con los ciudadanos, sino el principio de autoridad, es decir, derecho de mando, por un lado, deber de sumisión, por otro. Las críticas de las que fue objeto esta doctrina por parte de la escuela realista de Burdeos determinaron su declive y su sustitución por la doctrina del servicio público -encabezada entre otros por DUGUIT y JEZE-, que acabó convirtiendo este concepto en el centro de todas las instituciones del Derecho público. Según esta concepción, la nueva noción jurídica y política fundamental del Estado no es la soberanía o autoridad, sino los servicios públicos ofrecidos por aquél a los ciudadanos. El Estado, pues, ya no es concebido meramente como un poder soberano que manda y realiza actos de imperio. Cuando la Administración interviene no lo hace como lo haría un particular, y ello porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público¹⁴.

Pues bien, a pesar del fracaso que en el país vecino supuso el intento de concretar qué se entiende por actos de autoridad o ejercicio de potestades públicas, lo cierto y verdad es que nuestro ordenamiento jurídico ha recuperado aquel concepto y le atribuye además importantes consecuencias jurídicas: impide que la Administración pueda externalizar mediante la contratación sus servicios públicos o sus actividades (arts. 251.1 y 277.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público) y obliga a la Administración a que este tipo de funciones sean desarrolladas necesariamente por aquellos empleados que tengan la consideración de funcionarios públicos y posean además la nacionalidad española (arts. 9.2 y 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). De ahí la necesidad de intentar, al menos, aproximarse a este concepto. La principal pista que proporciona nuestro ordenamiento administrativo para acercarnos a este concepto proviene de la normativa funcionarial. Especialmente desde el ámbito funcionarial se ha mirado al Derecho Comunitario para interpretar qué se entiende por ejercicio de potestad pública. Se trata, en todo caso, de una definición que ha ido forjando la jurisprudencia comunitaria con un claro carácter funcional y para evitar que los Estados pudieran limitar excesivamente la libre circulación de trabajadores acudiendo a la excepción de los “empleos en la Administración” que prevén los Tratados comunitarios. El artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 45.4 en la nueva numeración de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de mayo de 2008, C115/47) permite, efectivamente, la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones a este principio y excluir de la libre circulación de trabajadores para los “empleos en la Administración Pública”. A partir de ahí, la jurisprudencia comunitaria ha considerado que el concepto de Administración Pública no podía dejarse a la discreción de los Estados miembros, sino que debía ser interpretado y aplicado uniformemente en toda la Unión Europea¹⁵. Por ello ha venido realizando una interpretación funcional de lo que haya de entenderse por “empleos en la Administración Pública”, limitándolos única y exclusivamente a aquellos empleos que supongan una participación en el ejercicio de potestades públicas o que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas, en la medida en que suponen la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad” (Sentencias de 30 de septiembre de

¹⁴ DUGUIT, L. *Op. cit.*, *Las transformaciones generales del Derecho*, pág. 96.

¹⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, apartado 5 y la de 17 de diciembre de 1980, asunto Comisión/Bélgica 149/79.

2003, asunto Ander y otros, C-47/02; de 31 de mayo de 2001, asunto C-283/99 y de 2 de julio de 1996, C-290/94, entre otras muchas).

Esto justifica, pues, que debamos remitirnos a la jurisprudencia comunitaria para intentar definir desde criterios más fiables, y sobre todo útiles, qué se entiende por ejercicio de potestades públicas. El Tribunal ha interpretado que la noción de "ejercicio de los poderes públicos" se refiere a aquellos poderes que son la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos. En definitiva, para ser inaccesibles al ciudadano de otro Estado miembro, es preciso que las funciones que conforman el empleo litigioso persigan de forma directa fines de carácter público, con influencia en la conducta y la actuación de los individuos. Las funciones de que se trata, deben traducirse en actos de voluntad que obliguen a los particulares, en el sentido de que se pueda exigir su obediencia o si no se obedecieran, forzarse a conformarse a ellos¹⁶. Pues bien, la autoridad que ejercen algunos funcionarios deriva institucionalmente del hecho de que la Administración moderna es depositaria de una parte de autoridad, de poder público, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Desde esta perspectiva, nadie duda de que el concepto de autoridad requiere un plus sobre el simple funcionario. Esta adición ha de ser una idea de mando, potestad, imperio, la posibilidad, en definitiva, de determinar la conducta de otras personas, la facultad de decisión.

Concretar este planteamiento en el ámbito de la actuación administrativa no resulta nada fácil. En principio, habría que concluir que no podemos encerrar en esta categoría todas las funciones que realiza la Administración pues, como hemos apuntado, no se trata sin más del ejercicio de cualquier función pública, sino exclusivamente de aquellas que implican el ejercicio "de potestades públicas"¹⁷ o de "poder público", lo que a nuestro juicio, al menos debería situarnos directamente en el plano de aquel tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia.

IV. LOS MECANISMOS PARA EFECTUAR EL TRASLADO DE FUNCIONES PÚBLICAS A LOS PARTICULARES Y LAS DIFICULTADES QUE PLANTEAN LOS DISTINTOS TÍTULOS HABILITANTES

Son dos fundamentalmente las categorías jurídicas que hasta ahora se han estado utilizando en nuestro ordenamiento para explicar la colaboración de los sujetos privados en las tareas de la Administración: las autorizaciones y las concesiones administrativas, aunque en algunos sectores de la actividad administrativa se están empezando a utilizar otras figuras, tal como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la ITV con los convenios de colaboración o, por aplicación de la Directiva de Servicios¹⁸, las comunicaciones

¹⁶ Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General MANCINI, en la Sentencia del TJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, *Comisión contra Francia*.

¹⁷ SAIN MORENO, Fernando, ya apuntó tempranamente las dificultades existentes para delimitar el contenido de lo que haya de considerarse como función pública, sobre todo teniendo en cuenta que también los sujetos privados realizan o colaboran al ejercicio de las mismas. "El ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública* 100-102, 1983, págs. 1699 y ss.

¹⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre 2006 relativa a los servicios del mercado interior.

previas al ejercicio de actividad y las declaraciones responsables. Todas ellas, sin embargo, resultan de muy dudosa aplicación a estos nuevos escenarios.

En otros sistemas de Derecho comparado sí existen figuras jurídicas que habilitan el trasvase a los particulares de funciones de autoridad. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán con la figura de las *Beliehe*, que permite dar cobertura jurídica al ejercicio de funciones públicas de autoridad por parte de entidades o sujetos privados, que actúan como agentes descentralizados de la Administración, ejercen de forma autónoma competencias públicas y se someten al Derecho Administrativo cuando así actúan¹⁹. En la medida en que se someten al Derecho Administrativo no se puede hablar de privatización de funciones públicas. Tampoco se puede hablar de descentralización funcional, toda vez que estas entidades no son creadas por la Administración, no forman parte de su organización instrumental ni son órganos administrativos. Tampoco sería un supuesto de externalización o de contratación administrativa, toda vez que faltaría el requisito de la dependencia de la Administración, pues no actúan en nombre de la Administración, por una decisión organizativa de ésta ni como brazo ejecutor de la misma. Las *beliehene* ejercen potestades públicas en nombre propio, con plena independencia y autonomía. Gozan de la condición de autoridad y, aunque no tienen la consideración de Administración Pública, sus actos se consideran como genuinos actos administrativos que vinculan a los ciudadanos, sometiéndose por completo a las normas de Derecho Administrativo y al mismo régimen de recursos y garantías de las que dispondría el ciudadano que se relaciona directamente con la Administración²⁰.

El título jurídico a través del cual se traslada el ejercicio de la función pública a estas entidades tiene que ser necesariamente un instrumento jurídico público. El trasvase de autoridad sólo puede hacerse en virtud de una ley y en la medida en que expresamente una ley permita la posibilidad de trasvasar las potestades públicas a los sujetos privados. A partir de ahí, el traslado más frecuente es el que se produce a través de un acto administrativo sometido a previa aceptación o través de un convenio administrativo que puede ser revocado en cualquier momento por la Administración. Aunque las condiciones de este traspaso se contemplan en la correspondiente legislación sectorial, suele exigirse una previa acreditación o reconocimiento por parte

¹⁹ Según pone de manifiesto CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, págs. 295 y ss., en la medida en que ejercen funciones de autoridad bajo su propia responsabilidad han sido calificados como de “Administración estatal indirecta”, aunque no son creados por la Administración, sino directamente por la ley o con base en una autorización legal.

²⁰ Tomamos toda esta información de DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè, “*La colaboración de entidades privadas en Alemania: las Beliehe o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración*”. Texto escrito de la ponencia presentada por la autora en el seno de las Jornadas de Coordinación Territorial celebradas por el Ayuntamiento de Madrid el 28 de octubre de 2009. Estas entidades son sujetos privados. Pueden ser personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, aunque se caracterizan por ser personas altamente cualificadas desde el punto de vista técnico y profesional y estar sometidas a un estatuto profesional específico. Se suele citar como ejemplos de las *beliehene* a los notarios, capitanes de barco, capitanes de aeronave, los inspectores de calderas, los auditores ingenieros de la construcción, los ingenieros encargados de mediciones públicas, los sujetos encargados de realizar inspecciones técnicas y, en general, a todos los que realizan funciones de inspección, control y certificación, etc. En este último supuesto, la actividad que realizan estos sujetos privados cuando inspeccionan un producto o una instalación o verifican su adecuación a derecho suele ir acompañada de relevantes efectos jurídicos, como son la posibilidad de empezar a realizar una determinada actividad o de continuar la actividad que ha sido objeto de control. En definitiva, pues, se trata de funciones públicas de autoridad que comportan la adopción de decisiones de tipo declarativo con efectos jurídicos vinculantes.

de la autoridad pública que garantice que van a poder realizar tales funciones con la calidad, continuidad, imparcialidad y profesionalidad adecuadas.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, no existe ninguna figura similar, sino que el trasvase de autoridad se camufla a través de dispares mecanismos. Una de las figuras más utilizadas para la realización de este trasvase de funciones es la concesión administrativa. Como aclara la STS de 5 de marzo de 2007, se trata de “*una institución que agrupa distintas especies de negocios jurídicos presididos por la idea de cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa. El concepto incluye todos aquellos actos de las Administraciones Públicas por los que se faculta a los particulares para la realización o gestión de determinado servicio público o se les atribuye el aprovechamiento específico y exclusivo de bienes de dominio público. La concesión es, por tanto, una institución jurídica compleja, susceptible de ser considerada como contrato y como derecho real ya que comprende dos modalidades: la de servicio público y la demanial*”. Mediante la concesión, la Administración obtiene la colaboración de un particular, bien para la prestación de un servicio público -concesión de servicios- bien para el aprovechamiento del dominio público -concesión demanial-. La primera de dichas modalidades, que es la que en este trabajo nos interesa, se caracteriza por su naturaleza esencialmente contractual y por ser una forma de gestión indirecta de un servicio público, cuya titularidad corresponde a la Administración concedente. Es decir, en principio sólo pueden ser objeto de concesión administrativa las actividades prestacionales, la gestión de los servicios públicos y no el ejercicio de potestades públicas. El artículo 251 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, al igual que hicieran las diversas normas que la han precedido, es muy claro y contundente al respecto al disponer que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Tampoco a través de la modalidad del contrato de servicios para desarrollar una determinada actividad se permite el traslado a particulares de potestades públicas (art. 277 de la misma Ley).

Algo similar ocurre con la autorización administrativa cuando es empleada como una figura posibilitadora de la atribución a los particulares de potestades públicas. Al menos en su acepción clásica, la autorización no es sino un acto administrativo de naturaleza declarativa que operaría siempre sobre un derecho preexistente del que sería titular el sujeto autorizado²¹. Como tempranamente puso de manifiesto VILLAR PALASÍ, la autorización administrativa supone un “condicionamiento policial al ejercicio de facultades libres de los administrados”, un acto administrativo de liberación con el que se elimina el obstáculo impuesto al ejercicio de un derecho preexistente. A través de esta modalidad, la Administración autorizante “faculta al sujeto autorizado para ejercer un poder o derecho propio, que preexiste a la autorización pero en estado en

²¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, volumen II, Ceura, Madrid, 2002, págs. 270 y 271, ha expuesto las diferencias entre la concesión y la autorización. El mecanismo de la autorización administrativa es siempre el mismo: la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas para el interés público y por ello subordina su ejercicio a un acto de la Administración en el que se comprueba y declara que la modalidad de ejercicio concreto que el particular pretende no causa ninguna lesión. Por ello, tendría una clara naturaleza declarativa del contenido del derecho y de su compatibilidad con el interés general y actuaría siempre sobre un derecho preexistente del que es titular el sujeto autorizado. En la concesión administrativa, por el contrario, se trataría de derechos o actividades que son titularidad de la Administración, inexistentes, pues, en el patrimonio de los sujetos privados. Tendría una naturaleza constitutiva, toda vez que a través del acto administrativo de la concesión, la Administración traslada la posibilidad de ejercicio de dicho derecho o actividad al sujeto privado (denominado concesionario).

cierto modo potencial, de manera que no puede ejercitarse si previamente la autoridad competente, constatando que concurren los motivos que justifican tal ejercicio o al menos que no hay motivos en contrario, no lo permite²²”. Es decir, admitir que a través de una autorización administrativa un sujeto privado puede ejercer funciones de inspección, control o certificación, sería tanto como afirmar que el ejercicio de potestades públicas es un derecho previamente preexistente de éste. Parece evidente, como ha destacado CANALS I AMETLLER, que los particulares no ostentan ningún tipo de derecho subjetivo para ejercer este tipo de funciones²³.

A partir de este marco, no es de extrañar algunos de los importantes problemas prácticos que plantea la autorización administrativa, toda vez que no deja de ser una figura jurídica de “ordenación” y no de “intervención” administrativa. Un buen ejemplo de ello podemos encontrarlo en la STS de 13 de octubre de 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), ante la sustitución del régimen jurídico aplicable a las empresas de ITV (inspección técnica de vehículos), que pasaron de ser entidades privadas colaboradoras de la Administración General del Estado a concesionarias de la Administración Autonómica²⁴. En este caso concreto, ante la reclamación presentada por el particular, se plantea el Tribunal la naturaleza real de las funciones que desempeñan estos sujetos privados. Se trataba de dilucidar si la ITV es realmente un servicio público, una actividad privada o una función pública. A juicio de la Sala: *“Garantizar la seguridad ciudadana en todos sus aspectos es misión que corresponde al poder público. Uno de estos aspectos es la seguridad vial, que hoy en día constituye una de las máximas preocupaciones de todos los países, dado el alto porcentaje de siniestralidad que proporciona. A la Administración corresponde establecer las medidas para que la circulación por calles y carreteras se realice en condiciones adecuadas. Una de estas condiciones es sin duda la de que los vehículos que las transiten se encuentren en correcto funcionamiento, pues sus deficiencias mecánicas o estructurales pueden incidir, y de hecho inciden, en la producción de accidentes, con las consiguientes secuelas que ello comporta.*

La inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad, participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado -en sentido amplio- por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una función pública soberana”.

Si bien tradicionalmente, estas funciones, a diferencia de los servicios públicos, se ejercían por la Administración, lo cierto es, según reconoce el Tribunal, que el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de ésta para una gestión eficaz de las funciones soberanas, por lo que acude con frecuencia a la

²² VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 3, 1950, pág. 106.

²³ CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pág. 300.

²⁴ Después de múltiples avatares, el *Real Decreto Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones*, liberalizó la inspección técnica de vehículos, sustituyendo el previgente régimen de las concesiones administrativas por un régimen de autorización. Tras la STC de 2005, que declaró que la competencia para decidir el modo de gestión de las ITV correspondía en exclusiva a las Comunidades Autónomas, el *Real Decreto 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de inspección técnica de vehículos*, permite que esta actividad pueda ser desarrollada directamente por la Administración autonómica o indirectamente a través de una sociedad de economía mixta, una concesión o una mera autorización administrativa. La decisión, en todo caso, corresponderá a las Comunidades Autónomas.

colaboración de la empresa privada. Ahora bien, determinar la naturaleza jurídica de dichas funciones es esencial a la hora de fijar los poderes que tiene la Administración para incidir en la esfera de los derechos del particular²⁵, dado que rige en esta materia el principio de libertad de empresa y la reserva de ley para restringirla o condicionarla (art. 38 y 53.1 de la Constitución). Sin embargo, la STS ha amparado todas estas limitaciones al partir de la consideración de que la ITV es una actividad de naturaleza pública, una función de soberanía y que, en consecuencia, no puede hablarse de derechos preexistentes, sino de acto-condición, que permite a la Administración modificar la situación del administrado en cada momento por razones de interés general. *“La conclusión de todo ello es clara: cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surge entre ellas un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Ahora bien, como no se trata de un servicio público propiamente dicho, sino de una función soberana, no sería subsumible directamente en los contratos administrativos de concesión”*. A juicio del TS, debería incluirse más bien en los denominados convenios de colaboración (a los que se refiere el actual artículo 4.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público), que se regularán por sus normas peculiares, y supletoriamente por la de los contratos de la Administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación. En este caso, la conjunción de la naturaleza pública y “soberana” de dicha actividad con los principios que rigen la contratación administrativa permite que la Administración pueda regular por normas reglamentarias (en este caso a través de un reglamento independiente, ni siquiera ejecutivo) toda la organización de la ITV, variando el sistema existente, estableciendo el tiempo de duración de ejercicio de la actividad, sometiendo al empresario a un estricto régimen disciplinario y condicionando y limitando directamente toda su actividad empresarial, dada la sujeción especial en que se encontraría dicha empresa.

Todas estas facultades de intervención, no obstante, chocan frontalmente con los principios del Derecho Administrativo. Ya no se trata meramente de una cuestión de elección de los títulos que permiten el trasvase de estas potestades públicas a los sujetos privados, sino de las importantes limitaciones y condicionamientos que se establecen para la actividad empresarial que realizan los mismos, e incluso para los particulares, tal como se pone de manifiesto en esta sentencia.

El panorama resultante de los títulos habilitantes para el ejercicio de funciones públicas puede resultar todavía más desconcertante a la luz de los nuevos títulos de ordenación que ha introducido la 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 ejercicio²⁶, que prevé la posibilidad de sustituir el régimen de autorizaciones preexistente por una mera comunicación previa o por una declaración responsable. Bajo el pretexto de facilitar la libre prestación de servicios, de reducir las

²⁵ Buena muestra de ello encontramos en esta sentencia, en la que el particular impugna precisamente las limitaciones de que ha sido objeto su actividad empresarial al pasar al régimen concesional, toda vez que ello ha supuesto: revocación de oficio de derechos derivados de actos anteriores sin acudir al procedimiento legalmente establecido, desconocimiento de los derechos derivados de la conversión de la demandante en concesionaria, violación de las reglas de la libre competencia a través del decreto autonómico valenciano, sometimiento de la actividad de ITV a un régimen de monopolio, ilegalidad del régimen sancionador por falta de cobertura legal, etc.

²⁶ Esta norma, junto con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ha permitido la transposición a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

cargas administrativas y de simplificar el procedimiento administrativo, estos nuevos instrumentos habilitan directamente para el ejercicio inmediato de una determinada actividad sin necesidad de contar previamente con una autorización administrativa. Hemos dado un paso más hacia el “ejercicio libre de un derecho²⁷”, lo que supone caminar hacia un cambio de cultura en la Administración, a un cambio de paradigma en su forma de actuar. Si hasta ahora se ha servido fundamentalmente de la autorización administrativa como técnica de ordenación de la actividad que realizan los sujetos privados, ahora vamos a asistir en importantes sectores a una nueva forma de actuación basada en el desarrollo de funciones ex post, tales como la supervisión, el control y la inspección²⁸. Sucede, sin embargo, que si ya la técnica autorizatoria planteaba problemas jurídicos para dar explicación a estos nuevos fenómenos de colaboración de los sujetos privados en el ejercicio de potestades públicas (recuérdese el caso de las ITV), los problemas se pueden ver agrandados cuando la utilización de estas nuevas figuras habilitantes pueda acabar camuflando y sustituyendo el ejercicio de potestades públicas por parte de la Administración.

Realmente la nueva normativa no resulta aplicable a las actividades que supongan el ejercicio de autoridad pública²⁹. La Administración no podría utilizar directamente la técnica de la comunicación previa o la declaración responsable para trasvasar a un sujeto privado el ejercicio de una potestad pública. Ello resulta lógico porque el ámbito de aplicación de la norma, lo que se pretende liberalizar, son sólo las actividades de servicio. El problema, no obstante, se plantea porque a través de estos nuevos títulos, que adelgazan considerablemente la intervención administrativa, se puede terminar habilitando indirectamente a los sujetos privados para el ejercicio de potestades públicas. Así, por ejemplo, el Real Decreto 338/2010, de 19 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial, sustituye el requisito de la inscripción en el registro por un régimen de comunicación previa a las entidades de certificación. Bastará con que dichas entidades resulten acreditadas por el correspondiente organismo privado de acreditación y presenten una comunicación ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma para que puedan iniciar su actividad y empezar a realizar sus funciones, esto es, a establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas, previa solicitud de carácter voluntario (art. 23). Al mismo tiempo, en el régimen de declaración responsable previsto en el ámbito de la edificación por el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, se permite expresamente que la Administración pueda “reducir” las inspecciones que pretenda realizar cuando “la entidad o el laboratorio aporten auditorías, evaluaciones técnicas y certificaciones emitidas por un organismo especializado e independiente, designado o reconocido por el Órgano competente”. En suma, pues, este mecanismo de reenvíos y juego combinado de títulos lo que posibilita en última instancia es que la actividad que realiza un sujeto privado –eso sí, previamente acreditado y sometido a un régimen de comunicación previa- pueda

²⁷ RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación e intervención ambiental*, Atelier, Barcelona, 2003, pág. 185.

²⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafa, *La incorporación de la directiva de servicios al Derecho interno*, IVAP, 2010, pág. 93; LINDE PANIAGUA, Enrique, “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008, págs. 89 y ss.

²⁹ La letra i) del art. 2.2 de la Ley 17/2009 las excluye directamente de su ámbito de aplicación aunque, por cierto, la norma sólo menciona explícitamente como actividades incluidas en esta categoría a las que realizan los fedatarios públicos, los registradores de la propiedad y mercantiles.

sustituir y desplazar a la actividad de inspección que, de otro modo, debería realizar directamente la Administración.

V. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DE ESTOS FENÓMENOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS NUEVOS RETOS QUE PLANTEAN

Todos estos fenómenos posiblemente precisen de una mayor y sosegada reflexión para ser asimilados de forma conveniente y articulados jurídicamente en nuestro ordenamiento, toda vez que, en principio, parecen implicar una quiebra de algunas de las afirmaciones sobre las que se ha construido nuestro Derecho Administrativo. Además de los problemas que plantean los títulos habilitantes para efectuar este trasvase hacia los sujetos privados, esta nueva realidad supone, en primer lugar, romper con la concepción estatutaria basada en el dato de la personalidad jurídica, de modo tal que las normas administrativas han de aplicarse siempre que uno de los dos sujetos de la relación sea una Administración Pública³⁰. Los nuevos fenómenos de ejercicio de autoridad por parte de los sujetos privados han tenido como consecuencia un determinado grado de “publicación o administrativización” de algunos aspectos de su régimen jurídico, y ello a pesar de que son ejercidos por sujetos que no reúnen la condición de Administración. Sin embargo, no hemos llegado todavía a un nivel absoluto de publicación como el que existe, por ejemplo, en el Derecho alemán, donde la ley permite a los sujetos privados el ejercicio de funciones que implican autoridad (*beliehene*), aunque los somete automáticamente a las normas administrativas. Sus actos se consideran auténticos actos administrativos y el ciudadano dispone exactamente de los mismos recursos y régimen de garantías que en sus relaciones directas con la Administración.

En segundo lugar, estos nuevos fenómenos han puesto de manifiesto el desfase del modelo de organización administrativa weberiana, la racionalidad burocrática basada en la ley y en la posesión del conocimiento por parte de los funcionarios públicos³¹. Precisamente, las dificultades que supone en la actualidad el control de riesgos y la protección de la seguridad ante los nuevos avances tecnológicos y científicos ha hecho necesario recurrir al conocimiento experto, que ya no está en manos de la Administración y de sus funcionarios, sino en manos de los sujetos privados especializados. Asimismo, es preciso poner en relación este importante desfase con el cambio de paradigma que se está produciendo en la Administración como consecuencia de la liberalización de las actividades de servicio y su ejercicio, que exige un cambio de funciones. Si antes lo importante era el control previo que realizaba la Administración, lo que exigía un funcionario experto sobre todo en la tramitación de procedimientos autorizatorios, ahora lo que se impone es lo contrario, el control a posteriori. Ello

³⁰ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 109 y 155, fundamentalmente. O bien se entiende que el concepto y radio del Derecho Administrativo se extiende más allá de donde llegan unos sujetos determinados, las Administraciones Públicas, para abarcar también ciertas actividades de sujetos privados que no tienen relación con éstas, o bien se considera que este tipo de sujetos forman parte de la Administración como Administración mediatas o de segundo grado. En caso contrario, habría que admitir la paradoja de que sujetos privados puedan dictar actos administrativos a los que se les aplica también el Derecho Administrativo.

³¹ Téngase en cuenta que el modelo de Max Weber partía de la consideración de que el gran instrumento de la superioridad de la Administración burocrática era precisamente el “saber profesional especializado” de la burocracia, reconocido socialmente. “La Administración burocrática significa dominación gracias al saber”. WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología contemporánea*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 178 y ss.

implica reforzar las tareas de inspección y control por parte de los funcionarios. Sin embargo, a través del ejemplo del control de la edificación, ya podemos intuir el riesgo que corremos de que la Administración no esté preparada para las nuevas tareas y pueda terminar produciéndose una dejación de estas funciones de autoridad a favor de los sujetos privados. Con gran acierto ha destacado NOGUEIRA LÓPEZ la necesidad de reflexionar y reconsiderar las labores de control que llevan a cabo estos organismos privados en este nuevo escenario, que tal vez debería recaer nuevamente en manos de la Administración, aunque sólo sea para evitar una ingrata sensación de ausencia de control y desregulación contraria a los intereses generales³².

En tercer lugar, todavía no hemos encontrado una explicación satisfactoria ni hemos ubicado adecuadamente este fenómeno en nuestro marco constitucional. Esta tarea no resulta nada fácil. El primer problema que nos encontramos en este sentido es el que hace referencia a la propia conceptualización teórica que se ha realizado del concepto de potestades públicas. En la medida en que éstas se definen precisamente como una manifestación de la soberanía de Estado, del poder público, resulta complejo, al menos desde el punto de vista dogmático, admitir que este poder pueda provenir de los sujetos privados. Por otra parte, en nuestra Constitución no encontramos ninguna mención explícita a este fenómeno, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, cuya Constitución impone con carácter general una reserva funcional para el ejercicio de funciones de autoridad³³. En nuestro caso, existen varios preceptos que se refieren tanto a la Administración como a sus empleados que apuntan claramente a determinadas exigencias de la actuación y de la organización administrativa. Su artículo 103, que sería clave en esta materia, impone, entre otros principios, la objetividad, la eficacia y la legalidad de toda su actuación, a lo que habría que sumar el principio de legalidad reiterado también en su artículo 9.1, que exige que los ciudadanos y los poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. A partir de ahí, la legalidad de toda la actividad de la Administración, así como el sometimiento a los fines que la justifican, va a estar controlado por los jueces y tribunales (art. 106.1 de la Constitución).

De todos estos preceptos, y ante el fenómeno que ha sido doctrinalmente bautizado como “huida del Derecho Administrativo”, algunos autores han reaccionado planteando la existencia en nuestro ordenamiento constitucional de una reserva material de funciones públicas para la Administración que, obviamente, incluiría las relativas al ejercicio de autoridad. El constituyente habría impuesto la existencia de un Derecho Administrativo y de una jurisdicción tutelar propia, la contencioso-administrativa, como cauce de actividad y control de las Administraciones Públicas, lo que supondría una garantía incluso frente al legislador de las instituciones básicas del Derecho

³² NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, *Público y privado*, op. cit., pág. 82.

³³ el artículo 33.4 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece que "*el ejercicio, con carácter permanente, de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios públicos sometidos a normas de servicio y lealtad establecidas con carácter de Derecho público*". Ahora bien, aunque nuestra Constitución no reserve explícitamente el ejercicio de potestades públicas a la Administración, en la medida en que su ejercicio va a suponer siempre la toma de decisiones vinculantes para los demás sujetos y puede alterar de alguna manera las posiciones jurídicas de los demás ciudadanos, requerirá en todo caso de la previa intervención del legislador. Como ha puesto de manifiesto CANALS ATMELLER, este ejercicio estaría sometido a reserva formal de ley. "Si la Administración debe ser necesariamente habilitada por ley para ejercer autoridad y prerrogativas públicas, deberán asimismo ser habilitados por ley los particulares para ejercer idénticas funciones" *Op.cit.*, págs. 310 y ss.

Administrativo³⁴. Otros autores, como LEGUINA VILLA, han entendido que, aunque no se puede afirmar la existencia de una reserva constitucional, sí existen unos límites constitucionales muy precisos que, en todo caso, abarcarían el ejercicio de autoridad, que no podría dejar de tener carácter público³⁵. En todo caso, nuestro constituyente ha establecido un estatus específico para la Administración en la medida en que es ella la encargada de tutelar el interés general y ejercer las potestades públicas. El problema radica en que todos estos principios constitucionales están expresamente previstos para la Administración. Ahora bien, si admitimos que también los particulares pueden realizar funciones que implican el ejercicio de potestades públicas, el ejercicio de soberanía, ¿no se les deberían extender también a ellos? En la medida en que se atribuya a otros sujetos privados el ejercicio de estas potestades, podría pensarse, al menos y como mínimo, en la necesaria aplicación también a ellos de los valores y principios establecidos por nuestra Constitución para la actuación administrativa³⁶.

En fin, lo cierto y verdad es que la propia realidad de las cosas nos debería permitir superar esta importante barrera en la medida en que, por un lado, existen ya en nuestro ordenamiento numerosos supuestos de habilitación legal para el ejercicio de potestades públicas por parte de sujetos privados y, por otro, porque dichos fenómenos nos vienen directamente impuestos por el Derecho Comunitario. Como diría el profesor Alejandro Nieto, cuando se produce una discordancia entre la realidad y el sistema jurídico tradicional, es éste el que se rompe y “*nuestro deber de juristas es el de constatarlo, tirar fuera los restos inútiles e ir formando otro que sea capaz de superar durante algún tiempo la gran prueba de la vida... pues, tal como una vez dijo GOETHE, gris, querido amigo, es toda teoría y verde el dorado árbol de la vida*”³⁷.

³⁴ Véase, al respecto, a CLAVERO ARÉVALO, M., “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas”, en *Documentación Administrativa*, nº 58, págs. 13 y ss.; DEL SAZ CORDERO, Silvia, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en la obra colectiva titulada *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, realizada por Carmen CHINCHILLA, Silvia DEL SAZ y Blanca LOZANO, Civitas, Madrid, 1992, págs. 177 y ss.; BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, abril-junio de 1993, pág. 247; PARADA VAZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2002; DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Marcial Pons, Madrid, 1995, así como en “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 178; BAÑO LEÓN, José María, “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa”, en *Delitos de los funcionarios públicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, número IV, 1994; MONTORO CHINER, María Jesús, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública* nº 136, 1995, págs. 180-181.

³⁵ LEGUINA VILLA, Jesús, “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 19, 1995, pág. 13, destaca los límites referidos a determinadas instituciones y a ciertos poderes de la organización administrativa y, más concretamente, los que implican ejercicio de autoridad, que no podrían dejar de tener carácter público.

³⁶ PONCÉ SOLÉ, Juli, plantea la aplicación de los principios constitucionales y los deberes de buena administración también a aquellos casos en los que existe actividad administrativa pero ésta no es ejercida por una Administración Pública. *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 170 y ss. CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pág. 310, también pone de manifiesto la necesidad de recomponer el criterio de aplicación del Derecho Administrativo para centrarlo, no tanto en la personificación y el carácter jurídico del sujeto que interviene (la Administración) como en la actividad materialmente administrativa que se realice.

³⁷ NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés, Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 251.