

## La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Josefa.cantero@uclm

### Resumen

*Este trabajo analiza la incidencia que está teniendo en la Administración general del Estado la denominada externalización de funciones públicas. Este fenómeno responde a un intento de trasladar al ámbito administrativo una técnica muy utilizada en las empresas privadas. Con ella se traslada a un tercero el ejercicio de determinadas funciones propias de esa empresa. Se recurre a los principios de eficiencia y eficacia para justificar el empleo de esta técnica. Sin embargo, su aplicación a la Administración plantea numerosos interrogantes. En este trabajo se pretende, no sólo reconducir esta técnica a las clásicas categorías administrativas, sino también fijar sus límites. En este sentido, el ejercicio de potestades públicas, de funciones que implican el ejercicio de autoridad o la salvaguardia de intereses generales del Estado deben ser límites ineludibles. Además, existen determinados preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que nos permiten concretar todavía más los difusos contornos de esta figura.*

### Palabras clave

*Externalización, empleo público, contratación administrativa, ejercicio de potestades públicas, salvaguarda de intereses generales del Estado, reserva de funciones a empleados públicos.*

## The incidence of outsourcing of public functions in the general Administration of the State. ¿Is there any limit?

### Abstract

*This work analyzes the incidence of outsourcing of public functions in the general Administration of the State. This phenomenon responds to an attempt to move to the administrative field an instrument commonly used in private companies. This tool allows movement to a third party the exercise of some functions which are done in-house, in an effort to improve the principles of efficiency and effectiveness. Nevertheless, its application by the Administration raises several questions. We attempt, not only to redirect this tool to the classic administrative categories, but also to determine its limits. In this respect, the exercise of public powers, the functions that imply the exercise of authority or the safeguard of the general interests of the State, must be rigid limits. In addition, there are certain rules of our juridical world that allow us to solidify even more the diffuse boundaries of this utility.*

### Key words

*Outsourcing, civil servant, public procurement, exercise of public powers, safeguard of the general interests of the State, reservation of functions for the civil servants.*

## I. INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo pretendemos realizar un primer acercamiento al fenómeno de la externalización en el ámbito de la Administración General del Estado. El primer problema que nos encontramos, en este sentido, es el relativo a la concreción y delimitación exacta de esta tendencia, toda vez que el empleo mismo del término “externalización” resulta ciertamente algo incómodo para un jurista por tratarse de un vocablo ajeno a nuestra disciplina, que proviene fundamentalmente del lenguaje de la ciencia económica y que es más propio de politólogos y sociólogos<sup>1</sup>. A pesar de ello, vamos a utilizarlo dada la interiorización que en los últimos años parece haberse producido de este término en nuestra doctrina, que ha llegado incluso al seno de nuestros órganos constitucionales<sup>2</sup>. Esto explica que dediquemos las primeras páginas de este trabajo a ensayar una delimitación exacta de este fenómeno. El objetivo no es otro que el de intentar identificar las instituciones o categorías clásicas de Derecho Administrativo en que se manifiesta la denominada externalización.

Pues bien, si trasladamos al ámbito administrativo los esquemas que rigen en el ámbito de una empresa privada, en rigor, sólo se podría hablar de externalización cuando la Administración encarga a un sujeto ajeno a su organigrama la realización de determinadas tareas. En nuestras categorías clásicas este trasvase se realiza a través de los contratos administrativos.

Este acercamiento nos permitiría reconducir directamente la externalización al ámbito de la contratación administrativa. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un uso espectacular de este instrumento que parece exceder de lo que son las meras potestades autoorganizatorias de la Administración. Ha pasado a convertirse en un significativo instrumento de intervención estatal en la vida economía del país directamente relacionado con la creación de empleo. Dejaremos de lado, sin embargo, esta otra faceta, pues en este trabajo nos interesa específicamente el tipo de contratación que asume ciertos matices, esto es, el que responde verdaderamente a una toma de decisiones organizativas por parte de la Administración y que tiene como consecuencia el traslado a un sujeto privado, ajeno al organigrama administrativo, de una determinada función, tarea o actividad que previamente realizaba ella misma, a través de sus estructuras y de su propio personal. Ello va a tener como consecuencia inmediata, al menos desde el punto de vista del ciudadano, el correlativo trasvase de responsabilidad hacia ese sujeto privado.

---

1 Ortega Álvarez, Luis y Arroyo Jiménez, Luis, “La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites”, en *Le Esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 2006, Bononia University Press, Bologna, 2007, pp. 123 y 124.

2 Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 183/2009, de 7 de septiembre, o la 112/2004, de 12 de julio, o la Moción nº 287 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales “sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales”, de febrero de 2009.

A partir de este esquema, la cuestión fundamental que se plantea -y que constituirá el hilo conductor de este trabajo- es la relativa a la existencia de límites para este tipo de decisiones organizativas. A nuestro juicio, el ejercicio de potestades públicas debe suponer un límite insoslayable. Sin embargo, no existe ninguna definición en nuestro ordenamiento de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades que implican ejercicio de autoridad y tampoco son ya extraños los supuestos en que sujetos privados parecen ejercer este tipo de funciones. De ello nos ocuparemos en la parte final de este trabajo.

## II. ¿A QUÉ NOS ESTAMOS REFIRIENDO EXACTAMENTE CUANDO HABLAMOS DE EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS?

En el ámbito empresarial se usa normalmente el término “externalización” para hacer referencia al trasvase mediante un contrato de ciertas actividades propias de una empresa a otra empresa distinta especializada. La idea básica inspiradora de la externalización no es otra que la reducción de costes, ya que la empresa que realiza aquella tarea de manera externa se dedica exclusivamente a ello y, en consecuencia, se supone que de una manera más eficaz y a un menor coste empresarial. La encomienda a sujetos externos de parte de la producción de bienes o de la prestación de servicios es, efectivamente, una práctica relativamente común en el ámbito de las empresas privadas, pues se suele considerar como un factor de eficiencia y eficacia. Las organizaciones pueden tener dificultades para realizar de forma óptima todas y cada una de las actividades que componen su cadena de producción de bienes o de prestación de servicios que, por lo demás, pueden ser muy heterogéneas. Para paliarlas se tiende a la especialización y a la concentración de la organización en lo más importante, en aquello que realmente conforma el núcleo duro y central de su actividad, encomendando a otros empleados ajenos a su organización empresarial la realización de algunas de esas tareas. De esta manera se consigue de forma automática, sin necesidad de invertir en personal ni en bienes inmuebles, una mayor capacitación y especialización del empleado, lo que presumiblemente redundará en una mayor eficacia en el ejercicio de estas tareas instrumentales y accesorias a la actividad empresarial.

Si trasladamos este fenómeno del ámbito empresarial al ámbito administrativo, tendremos que hablar de externalización cuando la Administración encarga a un sujeto privado la prestación de servicios o la realización de actividades que forman parte de la actividad administrativa o, si se prefiere, de lo que se ha denominado como giro tráfico administrativo. Acontece, sin embargo, que a este esquema responden *grosso modo* varias figuras de nuestro ordenamiento administrativo, de ahí la conveniencia de su concreción. En el ejercicio de sus potestades de autoorganización, efectivamente, nuestro ordenamiento administrativo prevé la posibilidad de que la Administración pueda decidir realizar una determinada actividad o prestar un servicio público, bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permiten nuestras normas sobre contratación administrativa. Las posibilidades de actuación para la Administración son múltiples.

En la prestación directa, es la propia Administración la que, a través de sus propias estructuras organizativas ordinarias, o mediante la creación de un nuevo ente al que dota de personalidad jurídica propia, se encarga de gestionar un determinado servicio. Nos interesa especialmente la decisión administrativa consistente en atribuir a un sujeto privado, o bien la prestación de un servicio público, o bien la realización de tareas instrumentales de la propia Administración Pública, de servicios cuya beneficiaria inmediata es la propia organización administrativa, tal como sucede, por ejemplo, con el mantenimiento de bienes de equipo, el asesoramiento técnico especializado, la realización de tareas de limpieza y mantenimiento de inmuebles, la construcción de infraestructuras, etc. Se trata de supuestos en los que la actividad de la Administración deja de ser prestada directamente por ella misma y a través de sus empleados públicos, para pasar a ser desarrollada por particulares o empresas privadas. En esta primera aproximación, nos resulta bastante acertada la definición que realizan Peláez y De la Cuerda de la externalización como “una transferencia de actividad que o bien ha venido realizando directamente la Administración Pública, o bien considera necesario realizarla a partir de un momento dado, a una organización especializada, mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo”<sup>3</sup>.

En estas páginas vamos a partir de la externalización como aquella figura que posibilita el traslado a los sujetos privados del ejercicio de funciones que corresponden a la Administración por decisión de ella misma y en virtud de sus potestades de autoorganización. Ello va a tener una consecuencia jurídica inmediata, especialmente para el particular o ciudadano, en la medida en que va a suponer un traslado de la responsabilidad hacia este otro sujeto privado, el paso de un sistema de responsabilidad patrimonial a un modelo de responsabilidad civil<sup>4</sup>.

### III. LA CONCRECIÓN DEL FENÓMENO EXTERNALIZADOR EN LA FIGURA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Este fenómeno se articularía, a nuestro juicio, a partir de dos elementos fundamentales: el trasvase de tareas a un tercero y la decisión reflexiva de la Administra-

---

3 Para estos autores, el proceso competitivo implica la existencia de un proceso de selección (a través de un concurso público) entre los diferentes prestadores de servicios interesados. Subyacen ideas privatizadoras tras esta figura que, por lo demás, trataría de fomentar la competitividad mediante el recurso a los procesos públicos de contratación. Aunque supondría que la Administración delegara aquellas actividades que puedan ser desarrolladas por el sector privado, ésta no quedaría exenta de responsabilidad frente a los usuarios del servicio. Peláez, J.A. y De la Cuerda, K., “Externalización de la gestión y los servicios del sector público”, en la obra colectiva dirigida por Fernández Miranda, E., titulada *Externalización de la gestión y la financiación del sector público en España*, Colecciones LID, Madrid, 2005, pp. 22 y siguientes.

4 Así lo prevé el art. 198 de la Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre) al disponer que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que los mismos hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o sean consecuencia de algún vicio del proyecto elaborado por ella, en cuyo caso será la Administración la responsable dentro de los límites señalados en las Leyes.

ción. En primer lugar, efectivamente, exigiría que el traslado de las funciones se realice a favor de un tercero, de un sujeto privado, pues sólo así se produce también el trasvase de responsabilidad hacia el ámbito privado. Se excluiría de esta manera el recurso a las fórmulas de colaboración entre Administraciones Públicas y a la denominada encomienda de gestión, esto es, aquellos supuestos en que la Administración recurre a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, tal como contempla el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues la cesión de funciones se va a realizar siempre entre órganos y entidades públicas. Es más, el régimen jurídico de la encomienda de gestión no es aplicable cuando la realización de actividades objeto de la encomienda se efectúe a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado. En este caso se aplicará la correspondiente legislación de contratos y nos encontraremos directamente ante un supuesto real de externalización de funciones. En todo caso, se prohíbe el trasvase a los sujetos externos a la Administración de todas aquellas actividades que hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

El trasvase de funciones a sujetos privados nos permite excluir también los supuestos en que se recurre a la Administración instrumental, esto es, todos aquellos casos en que la Administración, en virtud de los principios de descentralización funcional y especialización, decide crear un nuevo organismo, al que dota de personalidad jurídica propia, para que sea éste el encargado en exclusiva de realizar una determinada labor o de prestar un determinado servicio público. La razón de ello está en la ausencia de un tercero, pues la creación de un organismo autónomo, de una entidad pública empresarial, de una agencia pública o de cualquiera de las entidades con forma de personificación pública previstas en la LOFAGE carece de la consideración de sujeto o agente “externo” al organigrama administrativo. No se produciría realmente una pérdida de responsabilidades en materia de gestión de personal pues, con independencia de la naturaleza funcionarial o laboral que tengan estos empleados, no se produce una salida real de la organización administrativa. Tampoco se produciría un traslado de la responsabilidad patrimonial hacia la responsabilidad civil.

Mayores problemas presentarían aquellos supuestos en los que la Administración opta por la creación de una figura privada, tal como puede ser una sociedad mercantil o una fundación, para el posterior trasvase de actividades administrativas. En este caso, la buena lógica nos obligaría a realizar un complejo análisis de cada una de las situaciones concretas que puedan presentarse mediante la aplicación de las reglas aportadas principalmente desde la jurisprudencia comunitaria, para detectar si en estos casos la Administración estaría utilizando realmente medios propios –los llamados encargos *in house*– o recurriendo a un tercero. Sólo en este último caso estaríamos propiamente ante un supuesto de externalización que obligaría a la aplicación de las correspondientes normas y principios sobre la contratación administrativa<sup>5</sup>.

---

5 Según el art. 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, pueden ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que

La doctrina *in house*, efectivamente, impide la existencia de una previa contratación administrativa, al considerarse que la Administración no hace sino utilizar en estos casos “medios propios”. En rigor, no podría hablarse en estos casos de externalización. Ello sucederá cuando la Administración ejerce sobre su contratante, persona jurídica distinta de ésta, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y en la medida en que esta persona realice la parte esencial de su actividad con dicha Administración (Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, C-107/98; Sentencia Tragsa de 19 de abril de 2007). Pues bien, dando un paso más en la concreción de esta doctrina, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2009, asunto 480/06. Esta sentencia resulta de gran interés porque rompe una lanza a favor del establecimiento de mecanismos de cooperación interadministrativa al margen de la normativa sobre contratación. En este caso, la Comisión europea solicitó al Tribunal la declaración de que Alemania había incumplido la normativa comunitaria sobre contratación porque cuatro entidades públicas habían celebrado directamente un contrato para la eliminación de residuos con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo sin que dicho contrato hubiera sido sometido a una licitación previa conforme a la normativa comunitaria sobre contratación. El Estado alemán alegó que el controvertido contrato no era sino la culminación de un acuerdo sobre la ejecución en común de una misión de servicio público entre varios niveles de Administración. Al tratarse, pues, de una operación de cooperación municipal para el tratamiento de sus residuos no afectaría al mercado ni tendría que someterse a las normas sobre contratación pública.

El Tribunal reconoce que en este asunto no se daba el requisito del control análogo, toda vez que ninguna de las entidades adjudicadoras del contrato tenía poder sobre la gestión de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo. No obstante, tiene en cuenta que este contrato realmente no hace sino establecer una cooperación entre entidades locales para garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de residuos y que, ade-

---

pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. La condición de medio propio y servicio técnico deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas. Para profundizar sobre este tema nos remitimos, entre otros autores, a Gimeno Feliú, J. María, “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en *Informe Comunidades Autónomas 2005*, obra colectiva dirigida por Tornos Mas, Javier, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, pp. 838 y ss; Amoedo Souto, C., “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, en la *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006, pp. 261 y ss.

más, se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin participación de ninguna parte privada. A cambio del tratamiento de sus residuos, las cuatro entidades locales abonan a los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo una remuneración anual cuyas modalidades de cálculo y pago se determinan en el contrato. Pues bien, concluye finalmente el Tribunal recordando que “una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas”. El Derecho Comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente<sup>6</sup>. En definitiva, pues, la exigencia de que se produzca este trasvase de competencias o funciones hacia un sujeto privado nos posibilita efectuar una delimitación todavía mayor del fenómeno de la externalización, toda vez que excluiría todos los supuestos de colaboración o cooperación entre Administraciones y las distintas figuras organizativas públicas que prevé nuestro ordenamiento administrativo, especialmente la encomienda de gestión.

En segundo lugar, el concepto de externalización del que partimos requiere que la decisión de trasladar funciones o actividades sea tomada por la propia Administración, en el ejercicio de sus potestades autoorganizativas, lo que nos permitiría dejar fuera de este fenómeno aquellos supuestos en que la decisión de trasvasar las funciones a los sujetos privados es tomada por el propio legislador. Ello nos permitiría excluir aquellos casos que, aunque han sido calificados por algunos autores como externalizaciones, se insertan más bien en el marco de las denominadas privatizaciones o en el seno de la política comunitaria de liberalización de servicios económicos, tal como habría sucedido, por ejemplo, con las telecomunicaciones, electricidad, gas natural, servicios postales, etc. que tienen como nota común la imposición a los sujetos privados de obligaciones de servicio público en el ámbito de los servicios de interés económico general<sup>7</sup>. También nos permitiría dejar al margen de nuestro concepto aquellos supuestos que no obedecen a una iniciativa reflexiva de la propia Administración, sino que vienen impuestas por el Derecho Comunitario y por nuestro legislador estatal, tal como veremos que ocurre con los nuevos supuestos de colaboración privada en el ejercicio de funciones de autoridad<sup>8</sup>.

---

6 La colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, es decir, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, “siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores”.

7 Buena prueba de la elasticidad de este concepto se encuentra en Ortega Álvarez y Arroyo Jiménez, *Op.cit.*, pp. 130 y ss., que centran su análisis sobre externalización en las políticas de liberalización de los sectores económicos realizadas por el Derecho Comunitario, tal como ha ocurrido, entre otros, con el sector de las telecomunicaciones, la electricidad, el gas, los servicios postales, etc.

8 Para Bassols Coma, Martín, “La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español”, *op. cit.*, p. 250, la generación de estas modalidades de externalización estarían directamente induci-

Esta concreta aproximación al fenómeno de la externalización nos sitúa automáticamente ante el ámbito de la contratación administrativa, donde la participación de los sujetos privados en la prestación de servicios públicos no es un fenómeno reciente. Como acertadamente ha señalado Fernández Farreres, la externalización concebida en estos términos, no supone sustancialmente nada nuevo, sino que nos sitúa directamente en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, consistente en encomendar la realización de las correspondientes actividades prestacionales a terceros ajenos al organigrama de la Administración Pública, por lo que la novedad que aparentemente representa este concepto no es tal para el Derecho Administrativo<sup>9</sup>. La externalización de estas funciones a través de la contratación administrativa es una práctica hoy en día muy frecuente en todos los ámbitos de la Administración pública. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, permite que sujetos externos a la Administración puedan prestar servicios públicos e incluso realizar cualquier otro tipo de actividades administrativas.

#### IV. CIFRAS, EFECTOS Y CAUSAS EXPLICATIVAS DE SU AUJE EN LOS ÚLTIMOS AÑOS Y EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

Aunque el fenómeno de la contratación administrativa es ya un clásico en nuestra disciplina, resulta enormemente significativa la extensión y la especial intensidad que está revistiendo este fenómeno en los últimos años. Tal como puso de manifiesto la *Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, presidida por don Francisco Uría Fernández, “apenas existen estudios capaces de proporcionar, de una manera completa y sistemática, una información y valoración suficiente sobre la significación económica de la contratación pública en España. Es posible localizar abundantes datos, generalmente de naturaleza sectorial, sobre el volumen económico de determinadas licitaciones, pero no una información agregada y suficientemente rigurosa en términos estadísticos que permita determinar con la imprescindible concreción qué representa en la actualidad la contratación pública española<sup>10</sup>”.

Para que nos hagamos una idea, según los últimos datos del Registro de Contratos del Ministerio de Economía y Hacienda relativos al volumen de contratación de la Administración General del Estado durante el año 2008 (actualizados al primer trimestre de 2010), se han formalizado en este ámbito un total de 25.930 contratos, que se reparten de la siguiente manera:

---

das desde el mundo de las organizaciones privadas y en respuesta a un nuevo paradigma de las relaciones entre Estado y sociedad, que tiene como colofón una revisión de las clásicas técnicas de intervención administrativa.

<sup>9</sup> Fernández Farreres, Germán, “La Administración Pública y las reglas de la <<externalización>>”, *Justicia Administrativa*, nº 33, 2006, p. 9.

<sup>10</sup> *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, libro publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004.

**IMPORTE TOTAL CONTRATADO POR MINISTERIOS Y TIPO DE CONTRATO.  
AÑO 2008 (euros)**

ENTIDAD	OBRAS	SUMINISTROS	CONSULTORIA Y ASISTENCIA	SERVICIOS	OTROS	TOTAL
MINISTERIO ADMINISTRAC. PUBLICAS	6.157.763	12.436.596	1.517.152	37.262.378	2.432.669	59.806.558
MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION	0	9.608.551	0	0	0	9.608.551
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION	22.348.962	20.982.146	985.526	9.322.627	34.234.140	87.873.401
MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACION	17.120.529	39.895.361	5.300.714	21.886.574	1	84.203.179
MINISTERIO DE CULTURA	277.660.348	86.159.523	5.018.891	59.974.111	0	428.812.873
MINISTERIO DE DEFENSA	87.180.723	1.095.663.181	102.758.447	205.810.589	1.420.000	1.492.832.940
MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA	53.596.747	164.098.587	13.650.071	241.282.554	8.143.775	480.771.734
MINISTERIO DE EDUCACION	0	2.023.353	1.107.198	26.600	0	3.157.151
MINISTERIO DE EDUCACION, POLITICA SOCIAL Y DEPORTE	343.245	6.640.907	425.000	0	0	7.409.152
MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA	95.986.647	103.192.230	7.570.135	75.105.304	8.375.831	290.230.147
MINISTERIO DE FOMENTO	3.682.434.054	138.452.930	281.604.639	123.368.762	56.175.754	4.282.036.139
MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO	14.317.397	43.524.738	5.486.999	39.644.090	0	102.973.224
MINISTERIO DE JUSTICIA	41.647.852	36.343.905	0	10.134.512	18.195	88.144.464
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA	1.035.349	50.918.272	1.767.730	10.984.714	401.858	65.107.923
MINISTERIO DE LA VIVIENDA	0	2.814.777	0	0	0	2.814.777
MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE	1.210.500.877	38.353.257	316.406.930	142.946.970	11.059.863	1.719.267.897
MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO	1.252.007	67.206	1.940.982	2.064.204	0	5.324.399
MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO	51.339.199	20.159.940	1.561.805	29.056.005	6.004.595	108.121.544
MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACION	23.017.620	3.900.300	2.746.224	12.145.447	189.615	41.999.206
MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES	62.807.135	113.104.667	15.822.049	186.004.220	293.704	378.031.775
MINISTERIO DEL INTERIOR	19.938.024	184.701.012	3.103.220	123.990.274	0	331.732.530
ORGANOS CONSTITUCIONALES	0	2.425.531	0	0	0	2.425.531
TOTAL	5.668.684.478	2.175.466.970	768.773.712	1.331.009.935	128.750.000	10.072.685.095

A día de hoy podemos decir que el impacto económico de los contratos públicos es ya de tal dimensión que afecta directamente a la consecución del objetivo del mercado interior<sup>11</sup>. Según los últimos datos ofrecidos por la Comisión Europea y referidos al año 2008, los contratos públicos en el ámbito de la Unión Europea han representado un 17,4% PIB y en España un 14,90 % de nuestro productor interior bruto<sup>12</sup>. Estos datos nos aportan una información especialmente significativa, toda vez que nos señalan otras dimensiones, hasta ahora poco exploradas, que han de ser tenidas en cuenta para la valoración de la incidencia de este fenómeno en la Administración General del Estado. Puede decirse que la externalización ha dejado de ser una mera técnica organizativa de la Administración para convertirse en una importantísima herramienta política de intervención directa en la economía para tratar de paliar los fallos del mercado.

Efectivamente, la externalización no es ya una cuestión que afecte únicamente a las potestades autoorganizatorias de la Administración, sino que ha transmutado en un importante instrumento de intervención estatal en la vida economía del país, directamente relacionado con el objetivo de estabilidad presupuestaria, el control de gasto público y, sobre todo, la creación de empleo. Esta otra faceta fue ya resaltada tempranamente por el Informe elaborado por la Comisión de Expertos sobre contratación pública. En dicho documento ya se advertía de que la inversión pública había pasado a constituirse en un destacado factor del modelo de desarrollo en una nación, al haberse convertido en un requisito necesario para generar niveles deseables de crecimiento económico. Su función en este sentido es doble, por un lado, debe impulsar la actividad económica a través de la demanda y, por otro, debe contribuir a mejorar la eficiencia del proceso productivo aunque, eso sí, compaginando el principio de eficiencia con el de la solidaridad<sup>13</sup>.

Desde esta perspectiva, efectivamente, la externalización debe ser visualizada como una importantísima herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de las políticas públicas, en la medida en que permite conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación<sup>14</sup>. Supone ello que la contratación adminis-

---

11 Gimeno Feliu, José María, "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 9, enero de 2010, págs. 50 y 51, así como en *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 47 y ss. y en "La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 147, 2010, pp. 519 yss.

12 Datos obtenidos de "Public Procurement Indicators 2008", Comisión Europea (DG Mercado Interior), 27 de abril de 2010, p. 12. Según se pone de manifiesto en dicho informe, en España hemos pasado de dedicar a la contratación pública 116,17 billones de euros en el año 2004 (13,81 del PIB) a 163,16 billones de euros en el año 2008 (14,90% del PIB). Es más, según se apunta en dicho informe, dada la especial coyuntura económica que se ha producido con la crisis, es previsible que dichos porcentajes hayan variado en los últimos años, previsiblemente a la alza, por las razones aquí apuntadas.

13 *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, libro publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, p. 149.

14 Entre otros, puede consultarse a Moreno Molina, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 72 y ss.; Gimeno Feliu, José María, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Ma-

trativa se ha convertido también en uno de los componentes de la política del mercado interior, de ahí que la normativa comunitaria pretenda garantizar la libre circulación de mercancías, el libre establecimiento y la libre prestación de servicios en este ámbito. El recurso a la externalización de funciones no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población, sin desconocer, pues, el objetivo de la consecución de un alto nivel de empleo.

En un escenario de grave crisis económica como el que estamos viviendo en la actualidad, esta otra nueva faceta de la externalización se ha potenciado ampliamente. Ya no se trata sólo de recurrir a los sujetos privados como una mera fórmula organizativa que permite a la Administración General del Estado proveerse de materias primas o prestar servicios de una forma más ágil, eficiente y eficaz, sino que se está recurriendo a la contratación administrativa, además y fundamentalmente, para intervenir de forma directa en la actividad económica del país, como un remedio para reactivar la actividad económica, evitar el cierre de empresas y bajar, aunque sea temporalmente, las altas tasas de desempleo<sup>15</sup>. Buena muestra de ello se encuentra en el *Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación*. Simplemente el título del Real Decreto-Ley resulta ya altamente significativo de este nuevo papel de la externalización. Como apunta su Exposición de Motivos, el Gobierno ha tomado estas medidas extraordinarias en el contexto de un intenso deterioro de las condiciones financieras y económicas que está provocando la presente crisis. Estas actuaciones externalizadoras han adquirido, además, una significativa dimensión global o internacional, toda vez que se enmarcan en las líneas de actuación establecidas por la Declaración de la Cumbre sobre Mercados Financieros y Economía Mundial (celebrada el 15 de noviembre en Washington y suscrita por España) y por el Plan Europeo de Recuperación Económica (aprobado por la Comisión Europea el 26 de noviembre de ese mismo año), que abogan por la aplicación de políticas fiscales activas como instrumento de moderación de los efectos adversos de esta nueva etapa económica. Ambos fondos tienen como objeto la creación de empleo (véase su Disposición Adicional Segunda), fundamentalmente para los nuevos desempleados que ha provocado la crisis inmobiliaria, lo que explica su canalización a través fundamentalmente de nuevos contratos de obras<sup>16</sup>.

---

drid, 2006, pp. 47 y ss., así como en “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 9, enero de 2010, pags. 50 y 51.

15 Seguimos en este punto a Gimeno Feliu, José María, “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 9, enero de 2010, pags. 52 y ss.

16 El Fondo Estatal de Inversión Local, que se ha dotado con 8.000.000.000 de euros, tiene por objeto aumentar la inversión pública en el ámbito local mediante la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata que son competencia de las entidades locales (el plazo de ejecución ha sido ampliado a través del Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo). Su finalidad no es otra que la de favorecer aquellas inversiones que contribuyan a dinamizar a corto plazo la actividad económica, incidiendo directamente en la creación de empleo, y la de reforzar la capitalización de los municipios. De este modo, la financiación prevista en este fondo extraordinario estará dirigida hacia proyectos que conlleven mejoras en las dotaciones municipales de infraestructuras, tanto productivas como de utilidad social.

En fin, nos limitamos meramente a dejar apuntada esta nueva dimensión del fenómeno de la externalización, pues tiene un componente económico y político muy complejo que excedería con creces los objetivos de este trabajo. Tal como hemos señalado al inicio de estas páginas, nos interesa más bien su faceta clásica, esto es, la que obedece a una mera decisión reflexiva de la Administración a la hora de organizarse para gestionar fundamentalmente sus servicios públicos o realizar sus tareas ordinarias (tareas de vigilancia, de limpieza, de planificación, tareas informáticas, tareas de mantenimiento y reparación, funciones de mensajería, de contabilidad y auditoría, actividades de celebración de encuestas, de prestación de servicios jurídicos, actividades de publicidad, de realización de tareas de imprenta, servicios de colocación y suministro de personal, etc.), toda vez que ello va a incidir directamente en el organigrama administrativo y en el empleo público.

El traslado de la realización de determinadas funciones administrativas a sujetos ajenos a su organización tiene, efectivamente, consecuencias inmediatas para el empleo público, en la medida en que implica una limitación y reducción de su extensión. No es de extrañar que en el actual escenario de crisis económica estén surgiendo voces que se plantean por qué razón debe una Administración conservar una determinada estructura organizativa, que posiblemente sea muy extensa y compleja, y mantener a sus empleados públicos si gran parte de las actividades y funciones que desarrollan posiblemente pueden ser satisfechas desde el mercado con mayor eficacia y posiblemente a un menor coste. O, incidiendo en el mismo debate, por qué debe disponer la Administración de personal propio cuando esa misma actividad puede ser realizada por terceros ajenos a la Administración en condiciones de mayor eficacia y eficiencia<sup>17</sup>. En última instancia, lo que está en juego es la determinación de la extensión del empleo público y la definición del papel de las Administraciones públicas en la sociedad.

Pues bien, además del problema teórico e ideológico que plantea la externalización, es indudable que afecta de modo directo a las propias expectativas de los empleados públicos. Como ha reconocido la STC 112/2004, de 12 de julio, << la “externalización” de servicios afecta de manera obvia en cuestiones tales como la carrera administrativa, los ámbitos de trabajo, las posibilidades de promoción o traslado, las perspectivas de formación, etc.>>. Ciertamente, el recurso a la externalización puede suponer un importante adelgazamiento de la estructura burocrática y del organigrama administrativo. Tal como ha resaltado Bassols Coma, las decisiones de externalización de funciones o cometidos por parte de una Administración Pública, abandonando la ejecución directa de dichas actividades para acudir al mercado, necesariamente debe tener repercusiones en la estructura y composición de la función pública, por lo que la previsión y programación, a corto o a medio plazo, de externalizaciones debe constituir un componente determinante de la política de empleo público<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Fernández Farreres, Germán, “La Administración Pública y las reglas de la <<externalización>>”, *Justicia Administrativa*, nº 33, 2006, pp. 7 y 13.

<sup>18</sup> Bassols Coma, Martín, “La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español”, en *Le Esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 2006, Bononia Uni-

Si nos interrogamos acerca de las virtudes del recurso a esta fórmula, sin duda, la eficacia y eficiencia serían los dos principales elementos a los que se suele recurrir. Aunque no se conocen estudios documentados al respecto, existe la idea generalizada de que a la Administración le resulta más económico acudir a una empresa privada para realizar determinadas tareas que realizarlas ella directamente, a través de su propio personal. Además, la especialización de esta empresa privada sería presuntamente un factor de eficacia. Pero éstos no son los únicos motivos que explican el auge del recurso a la contratación. La vía de la externalización consiente una mayor aplicación del principio de la competencia, del fomento de la competitividad también en el seno de la Administración Pública, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su personal y de su organización por su provisión en el mercado<sup>19</sup>. Permite responder al compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado Español como consecuencia de la incorporación al sistema monetario europeo<sup>20</sup> pues, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de camuflaje de la deuda pública que permite el mantenimiento de las exigencias -cada vez mayores- de nuestro Estado de bienestar<sup>21</sup>. En otras ocasiones, este fenómeno obedece simplemente a la necesidad de dar respuesta a situaciones de urgencia o de acumulación de tareas, a la falta de preparación y formación de los funcionarios públicos o a la rigidez misma de algunas de las instituciones del derecho funcional, tal como puede ocurrir con los horarios y la jornada de trabajo.

Pero no todo son virtudes. La contratación pública, en cualquiera de sus fases, es un sector especialmente proclive a la corrupción<sup>22</sup>. Aunque aparentemente se trata de un nivel de corrupción poco extensivo, sobre todo si tenemos en cuenta el voluminoso número de contratos que se celebran diariamente en nuestras Administraciones, resulta paralelamente intensivo, toda vez que, aunque son pocos los individuos que parecen

---

versity Press, Bologna, 2007, pág. 254. Mientras que en la empresa privada la externalización va habitualmente acompañada de despidos de los trabajadores vinculados a esta actividad o, a una subrogación o subcontratación en la nueva empresa que puede asumir la actividad desgajada, en el seno de las Administraciones Públicas la estabilidad de la relación funcional propicia otro tipo de soluciones, ya que las iniciativas de externalización generan una gran oposición por parte de los funcionarios y sindicatos de la función pública.

19 Bassols Coma, Martín, "La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español", *Op. Cit.*, pp. 244 y ss.

20 Ténganse en cuenta la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, que formulan el principio de estabilidad presupuestaria como la situación de equilibrio o de superávit, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones Públicas.

21 Villar Rojas, Francisco, "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, pp. 155 y ss. pone el ejemplo de lo que está ocurriendo en el ámbito sanitario con la construcción y gestión de nuevos hospitales a través de las distintas formas de contratación administrativa. Son ejemplos de financiación privada de obra pública ante las limitaciones legales sobre el gasto público y sobre el nivel de déficit público y de endeudamiento por parte de las Administraciones Públicas.

22 Véase al respecto el Estudio de la OCDE sobre *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, Traducción de Isabel Sánchez Gil, publicado por el INAP, Madrid, 2010.

estar directamente implicados, mueven ingentes cantidades de dinero y tienen un gran impacto mediático<sup>23</sup>. Por otra parte, la traslación de este modelo empresarial al ámbito administrativo acarrea importantes consecuencias desde el punto de vista organizativo pues implica poner en jaque el modelo clásico de racionalidad burocrática, en el que la satisfacción de los intereses generales se atribuye a una organización jerárquica en la que cada funcionario tiene unas responsabilidades claramente delimitadas y debe actuar con arreglo a un procedimiento preestablecido. No hemos de olvidar que la burocracia surgió como una respuesta organizativa a las necesidades surgidas en un momento histórico concreto<sup>24</sup>. Aunque este modelo histórico de organización burocrática condujo a una mayor eficiencia, predictibilidad y seguridad en su actuación, con el tiempo ha mostrado importantes disfunciones que le impiden adaptarse al entorno socioeconómico actual<sup>25</sup>. Desde esta perspectiva, la externalización se presenta ciertamente como una alternativa a los clásicos modos de actuación de una Administración ante su incapacidad para cumplir con eficacia y eficiencia los fines que la justifican. Ahora bien, uno de los mayores problemas que plantea este fenómeno es el relativo a sus límites: ¿puede decidir libremente la Administración trasvasar a sujetos privados cualquier tipo de actividad administrativa o existe algún tope al respecto?

Nos corresponde, pues, analizar si existe algún tipo de límite a estas prácticas, si todas las funciones de la Administración General del Estado son susceptibles de ser externalizadas o si, por el contrario, y tal como intentaremos justificar, este tipo de decisiones debe encontrar en el ejercicio de potestades públicas un límite insoslayable. A ello trataremos de responder en las siguientes páginas.

## V. LOS PRECISOS CONTORNOS LEGALES DE LA EXTERNALIZACIÓN: EL LÍMITE DEL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

La colaboración de los sujetos privados en la prestación de los servicios públicos, tal como antes hemos apuntado, es ya clásica en nuestro ordenamiento administrati-

---

23 Estamos siguiendo a Gimeno Feliú, José María, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 147, 2010, pp. 524 y ss. Señala el autor que este tipo de prácticas corruptas puede afectar seriamente a la eficiencia que se predica de la contratación administrativa, toda vez que los costes añadidos pueden variar desde un 20 a un 50% más del monto total del contrato. Se estima que un promedio del 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno, lo que a su vez provoca una importante pérdida de competencia en el proceso contractual que afecta directamente al sector empresarial, a la vez que resulta muy costoso para el erario público.

24 Cuando las sociedades humanas llegan a un determinado grado de madurez y se dan determinadas condiciones económicas y sociales, adoptan poco menos que automáticamente una determinada forma de organización, que es cabalmente la “burocrática”, Nieto García, Alejandro, *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 479. El aparato burocrático se expresa a través de los mecanismos de dominación legal y está integrado por funcionarios cuya condición está basada en las siguientes ideas básicas: están profesionalizados, son nombrados por los superiores de forma vitalicia, están retribuidos y van haciendo carrera a través de ascensos en la escala jerárquica, sirven a la organización con toda su energía laboral y actúan conforme a reglas previamente establecidas (p. 488).

25 Lesmes Serrano, Carlos, “Externalización de los servicios públicos”, en *Derecho Administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 14.

vo y por ello no nos vamos a detener en su análisis. Más reciente y novedoso resulta, sin embargo, que la colaboración de los sujetos privados se realice en el ámbito del ejercicio de potestades públicas que implican el ejercicio de autoridad pues, como ha sostenido López Menudo, “no hay situación más peligrosa para la libertad y seguridad jurídica que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas<sup>26</sup>”.

El problema se plantea fundamentalmente cuando esta colaboración de sujetos externos a la Administración se pretende extender a ciertas funciones que no consisten precisamente en la realización de una actividad de carácter prestacional, en la gestión de un concreto servicio o en la provisión de bienes, sino en el ejercicio de potestades que implican autoridad y uso de prerrogativas públicas. ¿Puede en este caso la Administración trasvasar a un tercero su ejercicio en virtud de sus potestades autoorganizatorias? Contestar a esta pregunta no resulta nada fácil por dos motivos principalmente: porque no existe en nuestro ordenamiento una definición jurídica clara de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas y porque han aparecido en nuestro sistema algunos supuestos nuevos que parecen permitir a los sujetos privados realizar determinadas actividades que suponen el ejercicio de autoridad. Ello complica considerablemente cualquier intento de categorizar estas funciones y, sobre todo, de intentar buscar una respuesta adecuada a nuestro interrogante.

### **1. La prohibición de externalizar funciones que implican el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos**

En todo caso, del análisis de las distintas leyes administrativas podríamos deducir que nuestro legislador ordinario ha querido insistir especialmente en esta cuestión impidiendo que la Administración pueda caer en la tentación de trasladar el ejercicio de estas potestades a sujetos privados. Estos límites se establecen tanto desde la legislación elaborada en materia de organización administrativa, como desde la legislación funcionarial y de contratos<sup>27</sup>. Es más, dentro del organigrama administrativo, el legislador ordinario ha querido reservar su ejercicio exclusivamente a aquellos empleados públicos que tienen la consideración de funcionarios y que además poseen nacionalidad española. Así se ha establecido con claridad meridiana en el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), en relación con su artículo 57.1. En el plano de la legalidad ordinaria, por tanto, podemos afirmar que el legislador ha sido bastante explícito y concluyente.

26 López 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, p. 574.

27 También en el ámbito local se recoge esta limitación explícitamente en el art. 85.3 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, al disponer que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”. Pero ya mucho antes, en los años cincuenta, se había recogido la prohibición de recurrir a las fórmulas de gestión indirecta prestadas por particulares para el ejercicio de todas aquellas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad (artículo 43.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1959).

La Ley de Contratos, al igual que han recogido las distintas normas que la han precedido, establece una prohibición de celebrar contratos de gestión de servicios públicos cuando de ejercicio de autoridad se trata. Así de claro y contundente se muestra su artículo 251 al disponer que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contratos, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. La misma prohibición se establece para los contratos de servicios, esto es, para aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (art. 10 de la Ley). En este caso, el art. 277, al señalar el contenido y los límites de dicha modalidad contractual, reproduce la prohibición establecida para los contratos de gestión indirecta: No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Ante las dificultades que plantea la concreción de tal expresión ante la falta de una tipología legal de servicios que implican el ejercicio de la autoridad, suele concluirse que la exclusión de una determinada actividad exige el análisis pormenorizado y concreto de las tareas que comporta para identificar el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquellos aspectos que no lo sean y que, por ser susceptibles de explotación, puedan ser objeto de contratación.

Con un carácter algo más general se apunta a la misma solución desde las normas sobre organización administrativa, toda vez que el artículo 15 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, prohíbe que puedan encomendarse a sujetos privados actividades que, “según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo”. Obviamente se incluyen aquí las actividades que impliquen ejercicio de autoridad. También desde otras normas nos ha dado el legislador alguna pista que nos puede indicar la incongruencia de que sujetos privados ejerzan potestades públicas, aunque a esta deducción sólo podríamos llegar indirectamente y a través de indicios. Así podría deducirse, por ejemplo, de la prohibición establecida para las sociedades mercantiles y para las fundaciones del sector público, que se nutren íntegramente de personal laboral, de ejercitar potestades públicas o funciones que impliquen ejercicio de autoridad<sup>28</sup>.

Más explícita resulta la normativa funcionarial. Desde el ámbito de la función pública también podríamos llegar a una conclusión semejante. Por razones de pura lógica y de coherencia interna del modelo, carecería de sentido que lo que no se le permite al personal laboral de la propia Administración se permita a terceros ajenos por completo al organigrama administrativo y a sus exigencias de imparcialidad y ob-

---

<sup>28</sup> La Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE prohíbe a las sociedades mercantiles estatales disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. En términos similares, el artículo 46.1.a) de la Ley 50/2002 de fundaciones impide que las fundaciones del sector público estatal puedan ejercer potestades públicas.

jetividad. Ello es así porque el párrafo segundo del artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público ha reservado en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de funciones “que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas” en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. En este caso, la concreción final de las funciones que implican ejercicio de autoridad se deja depender del desarrollo legal que posteriormente se realice para cada ámbito territorial, lo que tendrá que hacerse mirando muy de cerca las interpretaciones realizadas al respecto por la jurisprudencia comunitaria. Tal como después señalaremos, el tenor literal del precepto debería situarnos directamente al menos en el plano de aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado (STS de 19 de octubre de 2005).

En fin, una vez que las Cortes Generales desarrollen el Estatuto Básico en el ámbito de la Administración General del Estado tendremos un punto de luz sobre los límites de la externalización. Parece evidente que las funciones y tareas que caigan dentro del ámbito de esta reserva “funcional funcionarial” supondrán un límite ineludible para sus facultades de autoorganización.

## 2. ¿Qué se entiende realmente por ejercicio de potestades públicas? Un intento de aproximación a este concepto desde la jurisprudencia comunitaria

Dado que nuestro ordenamiento jurídico establece un límite claro a la externalización, procede ahora analizar qué tipo de funciones son aquéllas que realmente implican el ejercicio de autoridad y que, en consecuencia, no se pueden trasvasar a los sujetos privados por ser inherentes al poder público. Aquí nos encontramos con un importante problema, toda vez que 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 funciones reservadas al Estado como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles<sup>29</sup>.

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

---

29 Según Fernández Farreres, G., todo ello tiene que ver con la concepción misma del principio de irrenunciabilidad de la soberanía en su concepción más funcional, lo que ha llevado al intento frustrado de diferenciar entre funciones públicas en las que el Estado aparece revestido el *ius imperium* y aquellas otras actividades públicas de carácter material normalmente vinculadas al ámbito prestacional de las Administraciones Públicas. “La Administración pública y la externalización”, *op. Cit.*, p. 21.

actos de gestión y los actos del poder público<sup>30</sup>. Según esta elaboración doctrinal, que tiene su origen en la obra de 1887 de Laferrière, 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 público<sup>31</sup>”.

Según estos planteamientos, el poder público no es un derecho de una persona jurídica que se pueda trasvasar, es la función de un órgano del Estado y está sometida al Derecho público. No se puede considerar como un acto excluido del Derecho común a todo acto emanado de la Administración para la satisfacción del interés general, sino únicamente aquellos actos u operaciones que están relacionados con el poder público y que exceden en este sentido a las facultades de los ciudadanos. 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. En este caso, cuando no existe esa pretendida igualdad entre los ciudadanos y la Administración, estamos ante una relación de poder público, una relación de carácter unilateral sometida al Derecho público<sup>32</sup>.

El principal escollo de esta teoría surgía en el momento de intentar trazar la línea divisoria entre ambos tipos de actividad, por lo que el Consejo de Estado dejó de tener en cuenta el criterio de la división entre los actos de autoridad y los actos de gestión para determinar la sede jurisdiccional competente para resolver los litigios que se plantearan con ocasión de actos de las Administraciones públicas. Las críticas de las que fue objeto esta doctrina por parte de la escuela realista de Burdeos deter-

---

30 Véase entre otros a Gautier, *Précis des matières administratives*, 1880, t. II, p. 192; Dareste, *La justice administrative en France*, 1ª edición, 1862, p. 222; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6ª edición, 1881, t. 1, p. 208.

31 Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ª edición, París, 1896, pp. 186, 187 y 479. Para entender esta doctrina es necesario contextualizarla y, sobre todo, tener muy presente cuál era la finalidad que pretendía esta construcción teórica, que no era otra que la de intentar establecer un criterio para la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa.

32 Su extrapolación al ámbito de la función pública se concretaba en la distinción entre los funcionarios de gestión y los funcionarios de autoridad. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, séptima edición, 1912, p. 138.

minaron 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 es así porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público<sup>33</sup>.

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 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 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. Sólo ello nos permite explicar el carácter tan restrictivo que se está dando a la noción de “ejercicio de poder público”.

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) permite, efectivamente, la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones a este principio y excluir de su aplicación a 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 Europea<sup>34</sup>. 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

33 Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho público y privado* (obra traducida por Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 96.

34 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.

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 31 de mayo de 2001, asunto C-283/99; de 2 de julio de 1996, C-290/94 y de 30 de septiembre de 2003, asunto *Ander* y otros, C-47/02; entre otras muchas<sup>35</sup>).

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 ellos<sup>36</sup>.

Esta definición ha permitido excluir los empleos que, dependiendo del Estado o de otros organismos de Derecho público, tienen relación con responsabilidades de carácter económico y social o con otras actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública. Sectores, éstos, por cierto, que resultan especialmente idóneos para la externalización. La excepción comunitaria podría, pues, vincularse con la llamada función pública superior, en la medida en que ésta remite al poder burocrático desplegado por los altos cargos funcionariales, y no necesariamente a todos ellos, sino tan solo a los que efectivamente detentan el ejercicio de un poder actual de autoridad. En puridad, se permite la exclusión de las funciones ligadas al ejercicio de autoridad pública, reservando a los nacionales las funciones relevantes para la soberanía individual de los Estados miembros de la Comunidad. Por ello, el alcance jurídico-práctico de la excepción es realmente bastante reducido ya que, como puso de manifiesto Weber<sup>37</sup>, la Administración moderna se basa en un cuerpo de empleados subalternos. Como es obvio, conforme vayamos descendiendo

---

35 En esta última se ha pronunciado acerca de las funciones que realizan los capitanes de barco. El hecho de que los capitanes sean empleados de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, puesto que está demostrado que, para cumplir las funciones públicas que se les ha encomendado, los capitanes actúan como representantes del poder público, en aras de los intereses generales del Estado de pabellón. Ahora bien, para que pueda darse esta excepción ha exigido que las prerrogativas de poder público que tienen atribuidas se ejerzan efectivamente de forma habitual y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades.

36 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*.

37 Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo II, México, 1977, p.717.

en la jerarquía administrativa, la presencia del elemento autoridad irá difuminándose hasta desaparecer completamente en determinados cuerpos, escalas y categorías de empleados públicos.

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. Recientemente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2009, a propósito de la actividad de inspección técnica de vehículos que llevan a cabo sujetos privados y con ocasión del principio del libre establecimiento, ha añadido un elemento más, la “autonomía decisoria” que debe ser propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público.

Concretar estas exigencias en el ámbito de la actuación de la Administración General del Estado, sin embargo, no resulta nada fácil, sobre todo si tenemos en cuenta que todas estas exigencias han sido establecidas con un marcado carácter funcional y muy estricto, para evitar que se puedan establecer limitaciones al principio de libre circulación de trabajadores o el libre establecimiento, como es el caso de esta última sentencia. Enumerar tales funciones, teniendo en cuenta las condiciones exigidas por el Tribunal, es prácticamente imposible; pero desde luego, los primeros ejemplos que vienen a la mente son los empleos que se refieren a la potestad de policía, de defensa del Estado, de jurisdicción y de control fiscal. Ahora bien, si intentamos hacer el esfuerzo de trasladar este concepto al ámbito de la actuación administrativa para delimitar cuáles son precisamente las funciones de la Administración General del Estado que implican ejercicio de potestades públicas y no se pueden externalizar, en principio, habría que concluir que no podemos encerrar en esta categoría todas las funciones que ésta realiza pues, como hemos apuntado, no se trata sin más del ejercicio de cualquier función pública, sino exclusivamente de aquéllas que implican el ejercicio “de potestades públicas<sup>38</sup>” o de “poder público, de autoridad”, 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 que caracterizan la actuación funcional.

Así, por ejemplo, si aplicáramos este intento delimitador al procedimiento para la elaboración de los actos administrativos, cabría distinguir a estos efectos dos fases

---

38 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, pp. 1699 y ss.

bien diferenciadas. Por un lado, la actuación resolutoria o de decisión, que es la que contiene la declaración de voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento en que consiste el acto administrativo y que, en consecuencia, es susceptible de determinar la conducta del interesado. Y, por otra, todo el conjunto de actuaciones previas, los denominados actos de gestión y trámite, que realiza la Administración durante el procedimiento administrativo hasta llegar a la resolución final. Desde este planteamiento podríamos entender que, en puridad, sólo la resolución administrativa implicaría ejercicio directo de autoridad en la medida en que exterioriza la voluntad Administración y que, en consecuencia, sólo los funcionarios encargados de dictar este tipo de resoluciones estarían ejerciendo directamente potestades públicas con autonomía decisoria<sup>39</sup>. Aquí no cabría, pues, la externalización. Cosa distinta es si estas otras funciones preparatorias del acto pueden ser incluidas dentro del concepto de ejercicio “indirecto” de potestades públicas, en cuyo caso también deberían ser realizadas directamente por la Administración y a través de sus funcionarios públicos por aplicación del art. 9.2 de la Ley 7/2007. Como vemos, la solución, además de ser ciertamente complicada, puede abocar a soluciones poco satisfactorias.

Mención especial debería hacerse en este punto a las funciones de inspección. Sobre la naturaleza jurídica de dichas actividades se ha planteado un interesante debate doctrinal, toda vez que la función que realizan los inspectores no deja de ser una actividad meramente de carácter material, técnico o instrumental que normalmente realiza la Administración con carácter previo al ejercicio de su potestad sancionadora. Como tal, en principio no implicaría la toma de decisiones definitivas y vinculantes. Faltaría, en rigor, lo que en el ámbito comunitario se ha denominado la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, esto es, la facultad para poder extraer consecuencias jurídicas vinculantes del resultado de la tarea de control o inspección<sup>40</sup>.

Coincidimos, no obstante, con Bermejo Vera al considerarla como una auténtica potestad, una actividad de naturaleza imperativa que comporta el ejercicio de autori-

---

39 En el ámbito de la gestión recaudatoria, por ejemplo, a juicio de Fernández Farreres, op. Cit., p. 24, las corporaciones locales pueden externalizar “todas aquellas tareas que no supongan el ejercicio directo de autoridad, manifestado en la producción de actos administrativos, que debe de quedar reservada necesariamente a los órganos administrativos. La comprobación de los hechos imposables a la luz de las declaraciones tributarias, así como las efectivas actuaciones en que se concrete la investigación o la preparación de las contestaciones a las consultas que puedan formularse a la Administración tributaria local, o la preparación de las liquidaciones y los correspondientes recibos, o el control de los pagos en período voluntario, etc, bien pueden ser realizados por particulares (empresas de servicios) vinculados a la Administración por una relación contractual de servicios, siempre, claro es, que la exteriorización de esas actuaciones se realicen por el órgano municipal correspondiente, ya que, respecto de los sujetos pasivos, sólo a través de ese cauce pueden desplegar efectos”.

40 Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2009, a propósito de la actividad inspectora técnica de vehículos. Para profundizar sobre el tema nos remitimos a Fernández Ramos, Severiano, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada, 2002, así como a García Ureta, A., *La actividad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

dad, pues no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, ni en negocios jurídicos ni en hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento jurídico.

Se trata de “una acción administrativa que se presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido<sup>41</sup>”. Es un instrumento de control del cumplimiento de la legalidad vigente cuya ausencia supondría una renuncia del Estado a garantizar la aplicación del Derecho. Es más, con los nuevos títulos de intervención que ha introducido la normativa española para su adaptación a la normativa comunitaria sobre el libre acceso a las actividades de servicios, lo razonable sería potenciar considerablemente dichas funciones, toda vez que en importantes sectores de la actividad económica del país el régimen previo de autorizaciones va a ser sustituido por el posterior control o inspección, por lo que ahora es más importante, si cabe, que la Administración retome y refuerce dichas tareas y que lo haga a través de sus funcionarios. En caso contrario se provocaría la sensación de una ausencia total de control por parte de la Administración poco compatible con la satisfacción del interés general que constitucionalmente tiene encomendada.

Por otra parte, aunque consideremos que el inspector carece de “autonomía decisoria” porque lleva a cabo una actividad material y técnica, no cabe duda de que dicha función resulta indispensable para el posterior ejercicio de la actividad sancionadora, donde se manifestaría, ya sin dudas, la mencionada autonomía de decisión de la Administración. En este sentido, la actividad inspectora podría ser subsumida, al menos, dentro del ejercicio indirecto de potestades públicas que menciona la reserva funcional del art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. De hecho, el personal inspector debe caracterizarse por su especial cualificación y por reunir las notas de imparcialidad y objetividad, lo que requiere su sometimiento a normas de Derecho Público, al régimen estatutario, que es el único que puede garantizar estas cualidades a partir fundamentalmente de la consagración de la nota de la inamovilidad en la función pública. Por otra parte, la propia naturaleza de la actividad inspectora impone a los empleados que la ejercen deberes sigilo y secreto profesional, a la vez que les confiere determinadas prerrogativas: el carácter mismo de “agente de autoridad”, la posibilidad de solicitar la colaboración interadministrativa, de acceder a los lugares que van a ser inspeccionados, de acceder a importante información y datos, lo que supone, en definitiva, la imposición para el sujeto inspeccionado de una prestación de carácter personal, por lo que está sujeta a reserva de ley<sup>42</sup>.

Es decir, a nuestro juicio, también la realización de la función inspectora debería recaer bajo el ámbito de la reserva funcional y por ello, al menos en principio, no ser susceptible de ser externalizada por una mera decisión administrativa. Ello por-

41 Seguimos a Bermejo Vera, José, “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n° 147, 1998, p. 42.

42 Así resulta también de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 30/92 al establecer que “los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley”.

que, tal como hemos apuntado, la garantía de imparcialidad y objetividad que requiere el cumplimiento de dichas tareas exige un especial estatus que el Derecho Administrativo ya ha construido. De hecho, en los casos que veremos en el siguiente epígrafe, las normas que posibilitan a sujetos privados el ejercicio de dichas funciones acaban creando un régimen especial para los trabajadores, un sucedáneo del régimen funcionarial. Lo mismo ocurre con las garantías que acompañan la actividad material en que consiste la inspección, sobre todo con las cargas y deberes que imponen para los sujetos inspeccionados. Nuevamente asistimos a una publicación o administrativización de dicha actividad porque así lo exige nuestro ordenamiento que, recordemos, prohíbe que sujetos privados puedan ejercer actividades sujetas al Derecho Administrativo (art. 15 de la Ley 30/92).

### 3. El problema resultante de los nuevos fenómenos de colaboración privada en su ejercicio

Si trazar la línea divisoria entre la actividad administrativa que implica ejercicio de autoridad y la que no lo implica es ya una tarea difícil, a ello habría que añadir un nuevo elemento más de complicación. Desde hace algunos años estamos asistiendo a fenómenos complejos que denotan un traslado a sujetos privados de potestades públicas. Las funciones de autorización, inspección y certificación que antes realizaba directamente la Administración 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 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 concretos<sup>43</sup>.

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 pres-

---

43 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, entre otros muchos autores, a Álvarez García, Vicente, "La capacidad normativa de los sujetos privados", *Revista de Administración Pública*, nº 99, 1998, pp. 343 y ss., así como a Canals Ametller, Dolors, "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, obra colectiva dirigida por Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, pp. 21 y ss., Malaret I García, Elisenda, "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)", *Revista de Administración Pública* nº 116, 1998; Izquierdo Carrasco, J.A., *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

tación de estos servicios en términos de calidad y reducción de costes, han contribuido a la acentuación de esta tendencia. Ello plantea, sin embargo, importantes problemas por la falta en nuestro ordenamiento jurídico de figuras que sirvan para dar respuesta a estos nuevos fenómenos.

Son varios, efectivamente, los escenarios que muestran una transferencia de potestades públicas hacia los sujetos privados. Podemos citar, como más significativos, la inspección técnica de vehículos<sup>44</sup>, la materia de seguridad y calidad industrial, la inspección de buques<sup>45</sup>, el transporte de personas por cable<sup>46</sup>, la verificación medio-

---

44 Según ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2009, la actividad que realizan en este caso los sujetos privados se organiza en dos fases. En una primera fase se realiza el control propiamente dicho, la actividad material de inspección. En una segunda fase, dicha actividad incluye la certificación de la inspección efectuada mediante la colocación de una viñeta en el vehículo o, por el contrario, la denegación de la certificación. A juicio de la Sala, las actividades correspondientes a la primera fase son exclusivamente de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público. Por el contrario, la segunda fase relativa a la certificación de la inspección técnica conlleva el ejercicio de facultades de poder público, ya que se trata de extraer las consecuencias jurídicas de la inspección técnica.

A pesar de este reconocimiento, la Sala ha realizado una interpretación muy estricta y de carácter funcional de lo que se ha de considerar como ejercicio del poder público a los efectos de interpretar las excepciones al principio del libre establecimiento. Ha entendido que los organismos privados que ejerzan su actividad bajo la supervisión activa de una Administración responsable, en última instancia, de los controles y de las resoluciones de dichos organismos, no pueden considerarse directa y específicamente relacionados con el ejercicio del poder público a efectos del artículo 45 CE. Dado que la decisión de certificar o no certificar la inspección técnica se limita, en esencia, a constatar los resultados de la inspección, entiende, por una parte, que carece de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, y, por otra parte, se adopta en el marco de una supervisión estatal directa. Todo ello le permite concluir que las entidades privadas de inspección de vehículos no disponen, en el marco de sus actividades, de facultades coercitivas, ya que la imposición de sanciones en el supuesto de incumplimiento de las normas reguladoras de la inspección de vehículos es competencia de las autoridades policiales y judiciales. Con base en esta argumentación ha declarado que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendían ejercer en Portugal la actividad de inspección de vehículos (ITV).

45 La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la Marina Mercante atribuye al Ministerio de Fomento las funciones de inspección en este ámbito, aunque permite que la realización efectiva de dichas inspecciones pueda efectuarse, bien directamente por el Ministerio de Fomento o bien a través de Entidades Colaboradoras, en los términos que reglamentariamente se establezcan, que, en todo caso, actuarán bajo los criterios y directrices emanados de la Administración titular. Pues bien, por esta segunda vía ha optado el Real Decreto 1434/1990, de 10 de septiembre, por el que se establecen los reconocimientos e inspecciones de las embarcaciones de recreo para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar y se determinan las condiciones que deben reunir las entidades colaboradoras de inspección.

46 En este caso, antes de la comercialización de un constituyente de seguridad o de un subsistema, o antes de la construcción o puesta en servicio de una instalación, el fabricante tendrá que someterlo a un procedimiento de evaluación de conformidad que dará lugar a la emisión de un informe de seguridad. Dicha evaluación será realizada por los denominados “organismos notificados”, que son sujetos privados que han alcanzado la consideración de organismos de control. Estos organismos serán a su vez inspeccionados periódicamente por la Administración (Real Decreto 596/2002, de 28 de junio, por el que se regulan los requisitos que deben cumplirse para la proyección, construcción, puesta en servicio y explotación de las instalaciones de personas por cables). Las facultades de intervención de estos sujetos privados en la esfera del particular son claras. Los fabricantes sólo podrán comercializar estos productos si previamente han obtenido la correspondiente declaración CE de conformidad otorgada por el organismo notificado. Para ello, el fabricante deberá obtener el correspondiente informe de seguridad previa evaluación, deberá

ambiental, la inspección de la edificación<sup>47</sup>, etc. La nota común de todos ellos radica en la imposibilidad de la Administración para hacer frente a todas estas funciones ante la complejidad técnica que implican y la falta de tecnología o de conocimiento experto en la Administración para las nuevas tareas de control de riesgos. En todos estos casos, se recurre a los sujetos privados, no sólo para realizar actividades de carácter técnico o de inspección, sino que también se les atribuye la facultad extraer las consecuencias jurídicas relevantes que de dicha inspección se derivan y con efectos sobre terceros, normalmente a través de la emisión de certificaciones, lo que conlleva el ejercicio de facultades de poder público.

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 Administración<sup>48</sup>. Las

---

permitir el acceso del organismo notificado a los lugares de fabricación, inspección, ensayo y almacenamiento para que éste pueda hacer las inspecciones necesarias, le proporcionará toda la información necesaria, y será asimismo sometido periódicamente a auditorías. El organismo notificado podrá efectuar visitas de inspección de improviso al fabricante, durante las que podrá realizar o hacer realizar ensayos con objeto de comprobar el buen funcionamiento del sistema de calidad. Si el organismo notificado se niega a expedir un certificado de examen CE de tipo al fabricante, deberá motivar su decisión de forma detallada. Deberá establecerse un procedimiento de recurso.

47 La 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”. 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.

48 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.

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<sup>49</sup>. A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, ya no se trata de ejecutar una actuación material o técnica cumpliendo las órdenes de la Administración. Los particulares emiten sus declaraciones con base en los controles e inspecciones realizados por ellos mismos, que después son admitidas y ejecutadas por la Administración como si de sus propias declaraciones se tratara.

Otro ejemplo que afecta directamente a la Administración General del Estado puede encontrarse en la función de inspección aeronáutica regulada en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. Esta función comprende la vigilancia y control del cumplimiento de las normas que ordenan las distintas actividades propias de la aviación civil para verificar los requisitos exigidos para obtener, conservar y renovar los certificados, aprobaciones, autorizaciones, licencias, habilitaciones y, en general, los

---

49 El legislador ha encomendado a las denominadas entidades de acreditación la función de realizar el reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o un laboratorio de ensayo o de calibración y de verificar en el ámbito estatal el cumplimiento de las condiciones y requisitos técnicos exigidos para el funcionamiento de los Organismos de control y de los verificadores medioambientales.

documentos oficiales que habilitan para el ejercicio de funciones, la realización de actividades y la prestación de servicios aeronáuticos. Pues bien, la ordenación, dirección y ejecución de la inspección en materia de aviación civil corresponde al Ministerio de Fomento, que podrá realizar dichas actuaciones directamente, a través de la Dirección General de Aviación Civil, o a través de personas físicas o jurídicas, con capacidad y solvencia técnica acreditadas, que actuarán bajo la dirección y supervisión de dicho órgano directivo. En este caso, es el propio legislador quien permite que sujetos privados puedan ser autorizadas para actuar como entidades colaboradoras en materia de inspección aeronáutica, de acuerdo con las directrices y bajo la supervisión de la Dirección General de Aviación Civil (art. 26).

Estas entidades colaboradoras de la Dirección General de Aviación Civil podrán ser habilitadas para ejercer las siguientes funciones: verificar y acreditar la aptitud requerida al personal aeronáutico para la obtención, mantenimiento y renovación de los títulos, licencias, habilitaciones, autorizaciones, aprobaciones o certificados necesarios para el ejercicio de sus funciones. Realizar las comprobaciones, inspecciones, pruebas y revisiones necesarias para verificar y acreditar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos para la expedición y renovación de los documentos de aeronavegabilidad. Y, por último, efectuar las comprobaciones, inspecciones o revisiones necesarias para verificar y acreditar las condiciones de seguridad exigidas para el establecimiento y el funcionamiento de los sistemas aeroportuarios y de navegación aérea. Las actuaciones en que se concrete el ejercicio de la función de la inspección aeronáutica y que tengan efectos jurídicos frente a terceros -o carácter preceptivo- se documentarán en diligencias, comunicaciones, dictámenes técnicos, informes y actas, que serán remitidas a la Dirección General de Aviación Civil para que, si procede, formule la correspondiente propuesta de incoación de expediente sancionador. En todo caso, estos instrumentos, formalizados en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses puedan aportar o hacer valer los administrados.

Todos estos fenómenos posiblemente precisen de una mayor y sosegada reflexión para ser asimilados de forma conveniente y articulados jurídicamente en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, en principio, parecen implicar un 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 públicos<sup>50</sup>. Precisamente, las dificultades que supone en la actualidad el control de riesgos y la protección de la seguridad ante los nuevos avances tecnológicos y cien-

---

50 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, pp. 178 y ss. Para profundizar nos remitimos a Esteve Pardo, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

tíficos 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.

Por otra parte, aunque no nos vamos a detener en ello, estos nuevos fenómenos plantean algunos problemas a la hora de determinar los títulos que habilitan a estos sujetos privados para ejercer funciones públicas que implican ejercicio de autoridad. Son dos fundamentalmente las categorías jurídicas que hasta ahora se han estado utilizando en nuestro ordenamiento para explicar esta colaboración de los sujetos privados: 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 Servicios<sup>51</sup>, las comunicaciones 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 italiano con la figura de los *Munera* públicos<sup>52</sup> o en el alemán con la figura de las *Beliehe*, que permiten 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 actúan<sup>53</sup>. 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 falta 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

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

52 Nos remitimos por completo a Gardini, Gianluca, “Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La externalización italiana”, en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, obra colectiva dirigida por Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, pp. 427 y ss. Artículo traducido por Marc Vilalta Reixach.

53 Según pone de manifiesto Canals I Ametller, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pp. 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.

normas de Derecho Administrativo y al mismo régimen de recursos y garantías de las que dispondría el ciudadano que se relaciona directamente con la Administración<sup>54</sup>.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, no existe ninguna figura similar, sino que el trasvase de autoridad se camufla a través de disparejos mecanismos. Una de las figuras más utilizadas para la realización de este trasvase de funciones es, sin duda, la concesión administrativa, que 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. Si bien es cierto que pueden presentarse dificultades derivadas de la consideración de la actividad a desarrollar como auténtico servicio público, con carácter general, una actividad constituye << servicio público>>, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante (STS de 5 de marzo de 2007). 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. La Ley de contratos es muy clara al respecto al prohibir que puedan someterse a contratación los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

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 autorizado<sup>55</sup>. 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 cierto modo potencial, de manera que no puede ejercitarse si previamente la

---

54 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*”, en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, obra colectiva dirigida por Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, pp. 397 y ss.

55 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, Ceura, Madrid, 2002, pp. 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).

autoridad competente, constatando que concurren los motivos que justifican tal ejercicio o al menos que no hay motivos en contrario, no lo permite<sup>56</sup>". 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 funciones<sup>57</sup>.

El panorama resultante de los títulos habilitantes para el ejercicio de funciones públicas resulta 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 ejercicio<sup>58</sup>, que prevé la posibilidad de sustituir el régimen de autorizaciones preexistente por una mera comunicación previa o por una declaración responsable. Aunque con excepciones, la nueva regulación parte de la idea esencial de que las autorizaciones administrativas, que hasta ahora venían utilizándose comúnmente para los prestadores de servicios, constituyen una restricción a la libertad de establecimiento, por lo que son sustituidas por comunicaciones previas o declaraciones de responsable. Estamos asistiendo de esta manera a 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 inspección<sup>59</sup>. Realmente la nueva normativa no resulta aplicable a las actividades que supongan el ejercicio de autoridad pública. 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 indirectamente habilitando a los sujetos privados para el ejercicio de potestades públicas.

56 Villar Palasí, J. L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 3, 1950, p. 106.

57 Canals I Ametller, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, p. 300.

58 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. Ahora bien, para conseguir el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el restablecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es necesario proceder a un ejercicio de revisión y evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a dichas actividades para adecuarla a los nuevos principios que consagra la Directiva comunitaria.

59 Jiménez Asensio, Rafa, *La incorporación de la directiva de servicios al Derecho interno*, IVAP, 2010, p. 93.

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 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 sustituir y desplazar a la actividad de inspección que, de otro modo, debería realizar directamente la Administración<sup>60</sup>. Este juego combinado de reenvíos y títulos competenciales provoca la sensación de una retracción por parte de la Administración, que poco a poco va habilitando a los sujetos privados a realizar toda una serie de actividades que previamente ella realizaba.

#### **4. En todo caso, se puede deducir la existencia de una reserva legal para cualquier posible trasvase de autoridad a sujetos privados**

En los supuestos que acabamos de mencionar se produce un trasvase a los sujetos privados de lo que tradicionalmente se ha considerado como el núcleo esencial e indelegable de la actividad pública, esto es, el ejercicio de autoridad. A partir de ahí, se plantea nuevamente la cuestión relativa a las facultades de la Administración para adoptar este tipo de decisiones. Esto es, ¿puede la Administración Pública en el ejercicio de sus facultades organizativas trasvasar a sujetos externos a su organización dichas potestades? A mi juicio no. La Administración no podría ceder, por su propia voluntad, las potestades de autoridad que le han sido conferidas específicamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestra Constitución no encontramos ninguna mención explícita a este fenómeno, aunque sí existen varios preceptos que se refieren tanto a la Administración como a sus empleados que apuntan claramente a determinadas exigencias de la actua-

---

<sup>60</sup> Ello, por otra parte, resulta poco compatible con la potestad inspectora atribuida a la Administración por el nuevo art. 39.bis de la Ley 30/92, que le obliga a comprobar el cumplimiento de los requisitos aplicables en cada caso, comprobando, verificando, investigando e inspeccionando los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.

ción 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<sup>61</sup>.

No nos vamos a detener en esta compleja cuestión porque excedería ampliamente las modestas intenciones de este trabajo. Como ha destacado Leguina Villa, aunque no se puede afirmar la existencia de una reserva constitucional, sí existen unos límites constitucionales muy precisos<sup>62</sup>. Podríamos decir que hasta hora, *grosso modo*, la Administración ha sido básicamente la encargada de tutelar los intereses públicos, en virtud de que el art. 103.1 de la Constitución le atribuye el servicio objetivo de los intereses generales, y para el cumplimiento de esta finalidad le obliga a someterse a determinados principios de actuación. De entre ellos, la objetividad, la eficacia y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho parecen esenciales en esta materia. Aunque no puede afirmarse que nuestra Constitución exija necesariamente que el ejercicio de funciones públicas de autoridad se atribuya de modo exclusivo a la Administración, pues la propia realidad se ha encargado de poner de manifiesto el desfase de este planteamiento, eso no significa que este trasvase no deba realizarse dentro del marco de exigencias que impone nuestro Estado democrático de Derecho, con respeto a los principios constitucionales, especialmente el principio de legalidad, y a través del instrumento adecuado, esto es, la ley.

Significaría ello que, de la misma manera que la Administración no puede ejercitar potestades públicas sin una previa habilitación legal, el traslado de dichas potestades a favor de los sujetos privados sólo podría hacerse a través de la correspondiente norma legal. El traslado de autoridad, como ha puesto de manifiesto Canals Atmeller, a quien seguimos en este punto, estaría sometido a reserva formal de ley. “Si la Administración

---

61 Véase, entre otros muchos autores, a Clavero Arévalo, M., “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas”, en *Documentación Administrativa*, nº 58, pp. 13 y ss.; a 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, pp. 177 y ss.; a Borrajo Iniesta, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, abril-junio de 1993, p. 247.

62 Leguina Villa, Jesús, “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 19, 1995, p. 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.

debe ser necesariamente habilitada por ley para ejercer autoridad y prerrogativas públicas, deberán asimismo ser habilitados por ley los particulares para ejercer idénticas funciones<sup>63</sup>. Ello sería así por varios motivos. En primer lugar, porque sería una exigencia de nuestro modelo de Estado “democrático”. La legitimación técnica que a estos sujetos privados les proporciona el conocimiento experto no sería suficiente para cederles auténticos poderes de decisión vinculante y que poseen los mismos efectos jurídicos que los actos administrativos. Como destacó Habermas, “en la medida en que la ciencia y la técnica penetran en los ámbitos institucionales de la sociedad, transformando de este modo las instituciones mismas, empiezan a desmoronarse las viejas legitimaciones<sup>64</sup>”. De la misma forma que la ley atribuye y organiza las competencias y las potestades de la Administración, sometiéndolas al cumplimiento de determinados principios de actuación, deberá ser también el legislador ordinario quien atribuya a los sujetos privados la potestad para la adopción de decisiones vinculantes, para el reconocimiento de la ejecutividad de las mismas, de su valor probatorio, de su presunción de certeza, etc. Sólo la intervención previa del legislador atribuyendo esa autoridad y ese poder a los sujetos privados irrogaría su actuación de legitimidad democrática.

En segundo lugar, debe ser la ley el instrumento adecuado para efectuar ese trasvase de potestades y prerrogativas a los sujetos privados. Como tempranamente puso de manifiesto Sáinz Moreno, ya no se trata sólo de una cuestión de legitimidad, sino que, en la medida en que este tipo de potestades representa una carga para los ciudadanos afectados, bien porque implique una facultad de intervención en relación a terceros o bien porque de alguna manera altera las posiciones jurídicas de los demás ciudadanos, requiere una habilitación legal formal<sup>65</sup>. En nuestro modelo constitucional, cualquier supuesto de intervención, limitación o ablación de la libertad de los ciudadanos, debe legitimarse necesariamente en una habilitación conferida por norma con rango de ley<sup>66</sup>.

---

63 Según la autora, esta autoridad técnica sería una autoridad extrajurídica, se trataría de una autoridad de facto en un entorno determinado, que tiene efectos en ámbitos de autorregulación privada, pero que jurídicamente no sería vinculante. Canals i Ametller, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, pp. 310 y siguientes, así como en “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, obra colectiva dirigida por Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, pp. 44 y ss.

64 Habermas, J., “Ciencia y tecnología como ideología”, en el recopilatorio *Ciencia y técnica como ideología*, traducción de la versión original de 1968 a cargo de Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1999, p. 54.

65 Sáinz Moreno, Fernando, “El ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, números 100-102, 1983, p. 1177. Así hemos visto que sucede en el ámbito de la seguridad industrial con la actuación de los organismos de control. Ciertamente se reconocen importantes prerrogativas para estas entidades privadas y a su vez se fijan obligaciones para los particulares, en la medida en que los expertos de los organismos de control podrán acceder libremente a las instalaciones de los particulares y exigirles la información y documentación necesaria para realizar sus actividades de inspección y los ciudadanos que pretendan realizar algún tipo de actividad sujeta a inspección y control por razones de seguridad industrial deberán soportar estas cargas. Ahora bien, esa imposición la realiza directamente el legislador (art. 15 de la Ley de industria) y no depende, pues, de una mera decisión administrativa.

66 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, tercera edición, Ceura, Madrid, 2002, p. 261.

Tendrá que ser, pues, la ley la que confiera a los sujetos privados las prerrogativas que implica el ejercicio de funciones de autoridad, la que regule explícitamente su régimen jurídico, la que establezca las condiciones y límites a su ejercicio, la que fije los efectos jurídicos de esa actividad y la que establezca un sistema de garantías para el resto de sujetos afectados. Ello, por lo demás, sería una exigencia del sistema de garantías de los derechos y libertades que consagra nuestra Constitución, toda vez que su artículo 53.1 somete a una reserva de ley el ejercicio de los derechos y libertades contemplados en los artículos 14 al 38 del Texto Constitucional que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial.

En definitiva, pues, en la medida en que el ejercicio de potestades públicas va a suponer siempre la toma de decisiones vinculantes para los demás sujetos, requerirá en todo caso de la previa intervención del legislador. Debe ser el legislador quien adopte la decisión y faculte explícitamente a los sujetos privados para el ejercicio de funciones que implican autoridad, instituyendo al mismo tiempo un marco de garantías para sus destinatarios. Ello supone que de nuestro modelo constitucional se derivaría la imposibilidad de que la Administración pudiera trasvasar parte de sus potestades públicas a los sujetos privados, toda vez que esa decisión sólo puede adoptarla el legislador y no corresponde a la Administración. En este sentido, en fin, el fenómeno de la externalización encontraría un importante límite en la propia Constitución, en la medida en que hemos partido en este trabajo de la delimitación de este fenómeno a las decisiones reflexivas de la Administración en virtud de sus potestades autoorganizatorias.

Todo ello nos permite concluir que el ejercicio de potestades públicas debe constituir un límite para la externalización de funciones públicas en la Administración, ya no sólo porque así lo contempla expresamente nuestro legislador ordinario desde diversos sectores, sino porque ello deriva también de nuestro marco constitucional en la medida en que, como acabamos de apuntar, cualquier eventual traslado de funciones de autoridad a los particulares exigiría una norma con rango de ley. El trasvase de potestades públicas a los sujetos privados debe obedecer siempre a una decisión del legislador y nunca de la Administración.

## **VI. OTROS CONDICIONANTES A LA DECISIÓN DE EXTERNALIZAR Y ALGUNAS PAUTAS PARA SU ADOPCIÓN**

Además del límite insoslayable que debería suponer el ejercicio de potestades públicas, la Administración tampoco goza de plena libertad para recurrir a la externalización cuando se trata de cubrir necesidades internas de personal. A nuestro juicio, se podrían derivar importantes condicionantes para la toma de este tipo de decisiones, tanto desde el ámbito de la contratación administrativa como desde el ámbito de la legislación funcionarial.

Podría decirse que la regla general de la que parte la normativa sobre contratos es precisamente la contraria, esto es, la de excepcionalidad o subsidiariedad de la

externalización<sup>67</sup>. Así parece derivarse del principio de racionalidad de la contratación formulado en el art. 22 de la Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007), en la medida en que dispone que la Administración no podrá “celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”. Para ello, y como cautela, antes de iniciar el procedimiento de contratación deberá fijar con precisión en la documentación preparatoria del contrato la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

Quiere ello decir que si dispone de los medios personales y materiales necesarios para desarrollar una determinada actividad o prestar un determinado servicio que se proyecta externalizar, la decisión de externalizar podría tener un dudoso encaje en esta cláusula limitativa. Lo actuación más razonable en este caso probablemente debería pasar por la puesta en funcionamiento de procesos voluntarios o forzosos de movilidad de los empleados públicos y de los correspondientes planes de formación de dicho personal. En todo caso, debería venir acompañada de una política coherente de personal, de una adecuada tarea de planificación estratégica y, por qué no, llegado el caso, de una “reconversión orgánica” de la Administración, pues no tendría sentido que el personal funcional o laboral adscrito al servicio externalizado siguiera “recolocado” en su misma Administración Pública y prácticamente sin funciones<sup>68</sup>. Ello, por otra parte, sería lo más coherente y acorde con el “*principio básico de la utilización racional del funcionariado existente*” proclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 8/2010, de 27 de abril, Sala Segunda). La Administración, sin embargo, no tendría fácil realizar esta tarea. Dada la imposibilidad de extinguir la relación funcional por estos motivos y las limitaciones a los despidos del personal laboral, sólo podrá realizar estos reajustes de personal a través de los correspondientes planes de empleo o instrumentos de planificación que las normas de función pública hayan podido establecer y, en su caso, recurriendo a las situaciones administrativas que en cada caso correspondan y que hayan sido diseñadas por el correspondiente legislador de desarrollo<sup>69</sup>.

También desde el ámbito funcional podríamos deducir que se limita sensatamente la libertad autoorganizatoria de la que en principio disfrutaría la Administración para externalizar. Por una parte, ya hemos dicho que existe un límite insalvable cuando se trata de ejercicio de potestades públicas. Estas funciones están reservadas

---

67 Véase al respecto a Menéndez Sebastián, Eva, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002.

68 Utilizamos literalmente los términos empleados por Fernández Farreres, Germán, Op. Cit., pp. 25 y 267

69 Utilizando las categorías previstas para el ámbito estatal por la Ley de Medidas para la reforma de la función pública, Ley 30/84, podrían ser de gran utilidad las situaciones administrativas de expectativa de destino, excedencia voluntaria incentivada y excedencia forzosa. Estas situaciones, sin embargo, han desaparecido con el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, por lo que deberían ser previamente recuperadas por el legislador de desarrollo para poder realizar este reajuste organizativo. La solución para el personal laboral de la Administración General del Estado pasaría por los denominados Expedientes de Regulación de Empleo (EREs).

a sus propios empleados y, más concretamente, a los que tengan la condición de funcionario y posean la nacionalidad española (arts. 9 y 57 del EBEP). Por otra, se establecen unas orientaciones generales respecto de la dimensión de los efectivos en la Administración y se obliga a cada una de ellas a planificar adecuadamente sus necesidades de personal (art. 69 del EBEP). Dicha planificación tiene que tener como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. Obviamente todos estos procesos necesitan de una nueva función directiva que oriente, lidere y programe las operaciones de externalización que se pretendan proyectar y, sobre todo, que efectúe un adecuado control, no sólo de los resultados obtenidos, sino también de su calidad<sup>70</sup>.

En rigor, pues, no se podría mantener que la Administración cumple con este mandato legal de eficiencia económica si decide externalizar funciones que bien podría realizar a través de su personal aunque, eso sí, adoptando determinadas medidas a través de un plan de ordenación de sus efectivos<sup>71</sup>. Desde esta perspectiva se apunta nuevamente a que la externalización debería ser un remedio secundario, utilizable sólo ante la imposibilidad de adoptar otras medidas de planificación como pueden ser la modificación de las estructuras de puestos de trabajo o de los sistemas de organización del trabajo, la puesta en marcha de procesos de promoción interna, de medidas de movilidad (voluntaria o forzosa) o la adopción de determinadas políticas de formación del personal para hacer frente a los nuevos cometidos y tareas.

La decisión de externalizar debe ser, en todo caso, una decisión muy meditada e implicar un triple “saber-hacer” de la Administración. Requiere, en primer lugar, la identificación de aquellas funciones que pueden ser o no externalizadas y el análisis detallado de las repercusiones que tal decisión debería tener para el empleo público y para la propia organización administrativa. Para la realización de esta esencial tarea son varias y nada desdeñables las variables que debe manejar. Para decidir la conveniencia o no de externalizar es preciso que el mercado preste ese servicio o esas tareas con una calidad sensiblemente superior a la que se conseguiría en la Administración y a un menor coste. Se trata de un factor externo que obviamente está condicionado a que el sector privado sea capaz de ofrecer una oferta interesante, lo que no siempre ocurre. Al mismo tiempo, cualquier política de externalización que

<sup>70</sup> Bassols Coma, Martín, *Op. cit.*, p. 257.

<sup>71</sup> Ciertamente debería causar rubor la situación paradójica que esconden algunos supuestos de externalización. Podemos tomar como ejemplo la que se vislumbra en las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/2004, de 12 de julio, y en la 183/2009, de 7 de septiembre. En ambas, el sindicato recurrente plantea un recurso de amparo por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva ante la inadmisión de sus recursos contenciosos frente a la decisión administrativa de externalizar. La Tesorería General de la Seguridad Social había externalizado las tareas de apoyo técnico para cubrir las necesidades de asistencia técnico-administrativa en relación con la clasificación, análisis y tratamiento de documentos. La oposición sindical frente a dicha decisión surge de los propios empleados al intentar que “los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos”.

pretenda llevarse a cabo debe insertarse en un adecuado marco de planificación estratégica del personal, toda vez que la opción externalizadora debería condicionar directamente, al menos, las futuras políticas de selección de los empleados públicos, restringiéndolas, y ser un remedio excepcional y subsidiario a la puesta en funcionamiento de posibles planes de ordenación de sus recursos humanos.

En segundo lugar, exige la formalización de la modalidad contractual que en cada caso corresponda según nuestra Ley de contratos del sector público. Por último, requiere potenciar al máximo el estricto control de toda la actividad que lleve a cabo el sujeto externalizado en cumplimiento de las cláusulas del contrato. Sólo de esa manera se puede asegurar la adecuada prestación del servicio público en términos de igualdad y calidad o el correcto ejercicio de las funciones internas que se externalizan.

Recibido: 10 de noviembre de 2010  
Aceptado: 15 de noviembre de 2010