

Derecho público y Derecho privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la «Administración y el Derecho privado» y sobre el tema de «la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas»)

Santiago González-Varas Ibáñez
Profesor Titular de Derecho administrativo

SUMARIO: 1. ADMINISTRACIÓN Y DERECHO PRIVADO. —2. COLABORACIÓN DE PARTICULARES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. UN FENÓMENO EN AUGE.—3. EN ESTE CONTEXTO, ACTIVIDAD ECONÓMICA, SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

1. ADMINISTRACIÓN Y DERECHO PRIVADO

La actualidad del tema de la aplicación del Derecho privado por parte de la Administración y lo cambiante de las perspectivas doctrinales de los últimos tiempos hace oportuna una reseña sobre ciertas publicaciones relevantes de interés que han abordado dicho tema.

Una obra que pone de manifiesto la imposibilidad de concebir Derecho público y Derecho privado como dos mundos jurídicos separados es la de H.H. TRUTE, «Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öf-

fentlichen Recht» (publicación que se recoge en el libro coordinado por W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden Baden 1996 (en este sentido, véase también M.J. MONTORO CHINER, *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Barcelona 1997).

Considera TRUTE como una característica esencial de nuestro tiempo la interconexión público-privado. Su trabajo estudia concretamente distintas reglas jurídico-públicas que impone el ordenamiento cuando la Administración o el Legislador afirman un régimen jurídico-privado. Se descubren así leyes administrativas sectoriales donde se prevén numerosos deberes (públicos), de información, de trato igualitario, de prohibición de discriminación, de observancia de reglas procedimentales, etc. Destaca en este sentido TRUTE el nuevo papel que asume el Estado en este contexto, bien estableciendo normativamente este régimen de vinculaciones, bien asumiendo la simple responsabilidad del servicio.

En esta misma línea, F.J. PEINE, «Grenzen der Privatisierung -verwaltungsrechtliche Aspekte», *DÖV*nº9 (1997), considera que es admisible la realización de funciones administrativas en régimen de Derecho privado mediante la creación de sociedades mercantiles siempre que se observen ciertos límites jurídicos que se desprenden del Derecho público; es interesante observar la proximidad entre el Derecho alemán y los planteamientos generales de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP*nº144, 1997, donde también se parte de la necesidad de diferenciar distintas situaciones dentro del amplio fenómeno de la privatización. En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO aporta criterios que sirven para justificar cuándo concretamente se justifica la privatización, entendida ésta no necesariamente como un fenómeno negativo.

Más decididamente aún, el trabajo de J.L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas», *REDA* nº 97 (1998), pp. 37 y ss., puede fácilmente ubicarse junto a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo. En general, el tema que aborda, de las fundaciones, es un claro ejemplo de interconexión entre lo público y lo privado. Si bien se acude al Derecho privado, este Derecho privado regulador de las Fundaciones de la Administración no puede ser, evidentemente, el Derecho privado de los particulares.

El presente artículo en *REDA* empieza diciendo «cada vez son más las fundaciones constituidas por entidades públicas»: y termina diciendo: «en definitiva, ya son demasiadas las fundaciones privadas interferidas por normas públicas». En este sentido, puede seleccionarse el siguiente párrafo del trabajo de PIÑAR: «junto a las anteriores (personificaciones reguladas en la LOFAGE), hay que tomar en consideración las Fundaciones constituidas por entidades públicas. No como parte de la Administración Instrumental (no son Administración), pero sí como parte de las entidades que forman parte de lo público».

No está de más recordar los términos del artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General: «podrán constituir fundaciones *las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas*». «Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Pues bien, la tesis de PIÑAR es la siguiente: «la Constitución deja en manos del legislador» la creación de entidades con personificación jurídico-privada. Pero «lo anterior no significa que la actividad de las fundaciones a que nos referimos quede fuera de control» y, acto seguido, se refiere el autor a los límites o medios de control: del Tribunal de Cuentas, de la Intervención General de la Administración del Estado. *Lege ferenda* se propone una regulación que someta la creación de Fundaciones a los principios de concurrencia y publicidad, así como su posible sujeción a las directivas comunitarias de contratación. Asimismo, se realiza un interesante intento de aplicar la legislación de patrimonio y la Ley 30/1992.

Siendo ésta la tesis de su trabajo, PIÑAR MAÑAS llega a descartar la inconstitucionalidad de la Ley 30/1994. Esta Ley habría venido a modernizar y unificar el régimen de las fundaciones, poniendo fin a la situación anterior, caótica» (estas tesis son seguidas fielmente por A. MARTÍNEZ NIETO, «El protectorado de fundaciones», *La Ley*, 1998, p. 4633. Puede verse, igualmente, la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias).

En cambio, una postura en contra de estas doctrinas es la de R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid 1998. A su juicio, ha de realizarse una «lucha por las formas»: «en definitiva, la forma pública de personificación de los entes instrumentales delata automáticamente su condición de Administración Pública, determinando la inmediata aplicación de todo un bloque de normas jurídico-públicas (...)» (p. 95). «El único denominador común de estos entes es su indudable calificación como Administraciones Públicas» (p. 94).

Es difícil, a mi juicio, estar en desacuerdo con esta tesis. En esta línea, en mi libro *El Derecho administrativo privado*, Madrid 1996, pp. 634 y 635, se apunta: «El Derecho administrativo privado no impide, sino al contrario, que se haga un esfuerzo para lograr la adecuación ente forma jurídica de la entidad y Derecho aplicable, racionalizando el actual sistema de Administración institucional. Quizás podría intentarse la adecuación de la forma del ente (pública o privada) en función de si aquél realiza una actuación prescricional (de servicio público) o simplemente mercantil, respectivamente».

Pero ésta es una de las dos partes del tema. Porque el libro de RIVERO ORTEGA plantea el problema de determinar qué ocurre cuando se aplica indebidamente el Derecho privado. Evidentemente, la simple proclama en favor de las formas puede no resolver dicho problema. ¿Qué ha de hacer un ciudadano perjudicado por la inobservancia del Derecho administrativo, es-

perar a que el legislador dicte una ley exigiendo que se respete el Derecho administrativo?

De ahí que, junto al plano ideal de la coincidencia entre la forma jurídica y el régimen aplicable, parece obligado aportar también otros cauces jurídicos que puedan contribuir a aplicar el Derecho administrativo cuando la Administración haga indebidamente uso del Derecho privado, especialmente a los efectos de proteger los derechos de los ciudadanos que puedan sufrir un perjuicio como consecuencia de la aplicación del Derecho privado. El tema conduce, en buena medida, al proceso administrativo y, desde este punto de vista, pueden consultarse dichos «cauces jurídicos» en otro reciente trabajo *Comentarios a la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid 1999; también, «El levantamiento del velo», *REALA* 274-275).

Por otra parte, la obra de R. RIVERO apuesta por un control de la decisión que opta por el Derecho privado. Adoptando este enfoque, el citado libro de RIVERO ORTEGA refiere su estudio a la Administración local. No obstante, el interés de este tema está en saber, más bien, qué ocurre cuando es el Legislador quien opta por el Derecho privado, por estar aquí, y no tanto allí, el *quid* del asunto.

En la línea de la obra que acaba de citarse se situaría el trabajo de P UNRUH, «Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns», *DÖV* n° 16 (1997) pp.653 y ss.; defiende UNRUH la necesidad de desarrollar el Derecho administrativo como vía de solución frente a la huida del Derecho administrativo. No obstante, UNRUH deja claro que esta propuesta tiene un contenido *lege ferenda*.

A efectos prácticos, de atajar los problemas que ocasiona la aplicación del Derecho privado, hemos propuesto en otro lugar ciertos criterios funcionales que se han desarrollado especialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque también pueden observarse en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En esencia, pueden distinguirse tres tipos de funciones o actividades administrativas (industriales, prestacionales y propiamente administrativas). En consecuencia, pueden establecerse grados en la aplicación del Derecho administrativo. En el último caso, sólo el Derecho administrativo es aplicable; en el segundo (actividades prestacionales), el régimen jurídico privado debe sujetarse a Derecho público. En el primero es lícita la aplicación del Derecho privado, ya que las vinculaciones de tipo jurídico deben buscarse en el Derecho de la competencia (puede verse mi libro *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid 1996, pp. 615 y ss.). En conclusión, el Derecho administrativo es el Derecho que *regula* la Administración, aunque el Derecho privado pueda ser *utilizado*, en este sentido, por aquélla.

En este contexto, el libro de RIVERO ORTEGA, si bien critica ocasionalmente dichos criterios funcionales, termina desarrollando y realizando la obra un riguroso y detallado régimen de vinculaciones jurídico-públicas

que, a su juicio, se extraen cuando la Administración emplea el Derecho privado. Puede seleccionarse el párrafo a cuyo tenor: «la remisión al Derecho privado de parte de la actividad de estos Entes —casi siempre su contratación— deberá ser entendida en todo caso sin perjuicio de las vinculaciones de Derecho público que sujetan a todos los Entes en forma pública. En materia de contratos veremos cómo existen intensas exigencias (...)». En este sentido, se mantiene que es preciso aplicar la directiva de sectores excluidos a las entidades empresariales de Derecho privado (tesis ésta acertada que contradice la que defiende GIMENO FELIU, *RAP* n°144 1997, por considerar que dicha directiva no es aplicable. Otro trabajo anterior sobre el mismo tema es el de J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid 1996, *in toto*).

Otra obra reciente es *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Valencia 1999 (autora E. DESDENTADO DAROCA), donde empieza aludiéndose al Estado liberal característico del siglo XIX y termina poniéndose en evidencia la crisis del Estado social a partir de 1970. Se llega así en la obra a la huida del Derecho administrativo, el fenómeno de la privatización (originada por la ineficacia del aparato público) y el surgimiento de las Administraciones independientes en el contexto de la liberalización de mercados (más recientemente, sobre el tema, G. ARIÑO, *Principios de Derecho público económico*, Granada 1999 (con la colaboración de M. DE LA CUÉTARA Y L. LÓPEZ DE CASTRO); también, desde una perspectiva europea, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo europeo*, Premio Blas Infante de la Junta de Andalucía, Sevilla 2000).

2. COLABORACIÓN DE PARTICULARES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. UN FENÓMENO EN AUGE

La colaboración en el ejercicio de funciones públicas, por parte de los ciudadanos, es un tema fácilmente relacionable con el anterior. Mediante la colaboración concretamente se produce una intervención de los particulares en la realización de funciones administrativas, pudiendo en ciertos casos llegar a constatarse un preocupante fenómeno de indirecta privatización de una función pública. Lo importante parece ser el desarrollo de esta idea de colaboración en el Derecho administrativo a efectos de controlar adecuadamente este tipo de situaciones. Es preciso, por tanto, descubrir y conocer los casos en los que, de hecho, puede estar manifestándose esta colaboración.

Tradicionalmente, la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas no ha sido lo suficientemente relevante como para justificar una atención especial por este fenómeno, a pesar de que no faltaran al-

gunos trabajos en nuestra doctrina (éste es el caso de F. SAINZ MORENO, «Ejercicio privado de funciones públicas», *RAP* 100-102, 1983, p. 1699, presentando los ejemplos *clásicos* de colaboración: el capitán de buque, comandante de aeronave, práctico de puerto, profesionales de algunos servicios de seguridad, árbitro de Derecho privado y notario).

En lo histórico puede ofrecerse el ejemplo de la Ley de Casas Baratas de 1911 (en su artículo 12), donde se prevén subvenciones y exenciones tributarias para las empresas colaboradoras que cumplieran determinados requisitos y que realizaran casas destinadas a clases humildes («obreros, jornaleros del campo, pequeños labradores o empleados modestos»).

Pero en la actualidad cobra aquélla auge especialmente a través de la frecuente participación de empresas privadas en el ejercicio de funciones públicas. La colaboración en cuanto tal es un fenómeno que puede originarse a través de muy diversos cauces jurídicos; incluso puede que no ligue al colaborador con la Administración vínculo alguno, no obstante lo cual puede constatarse que, de hecho, aquél está ayudando a realizar una función pública. Éste es por ejemplo el caso de una empresa privada de seguridad que realiza la vigilancia sobre bienes privados sitos en espacios públicos (por ejemplo, de un concesionario de obras), ya que dicha empresa estará ligada con un particular por un contrato privado, pese a que el vigilante podrá colaborar con la policía en la lucha contra la comisión de un delito.

Después de mi trabajo «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros» (*REDA* 94, 1997), donde se estudió el fenómeno de la colaboración, se han publicado posteriormente otros trabajos. Podría en primer lugar citarse la publicación en *RAP* (nº 145, 1998) «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauftgesetz* alemana» (de M. TARRES VIVES).

Esta publicación citada en último lugar aporta el ejemplo de las ecoauditorías o auditoría medioambientales por referencia especial al Derecho alemán. Concretamente, donde se manifiesta la colaboración en el ejercicio de las funciones públicas es, primeramente, en el ejercicio por parte de particulares de la función de verificación llevada a cabo por los «verificadores medioambientales» y, en segundo lugar, en la realización —por parte de Comités privados de empresarios— de las funciones administrativas de «dictar directrices a seguir para la acreditación y supervisión de los verificadores». Significativo es que la consideración pública de la actividad lleva a afirmar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este sentido, un reciente libro de J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona 1999, representa un decidido impulso a esta idea jurídica de colaboración. Esta obra comenta la tecnificación de la sociedad y del Derecho, fenómeno éste típico de nuestro tiempo y que presenta una especial problemática, ya que junto a las fuentes ordinarias de Derecho se originan numerosas normas y prescripciones técnicas que también han de

cumplirse. No basta con cumplir con el Derecho, hay que cumplir con la técnica.

Pues bien, dicho fenómeno lleva consigo la generación de formas de colaboración entre la Administración y particulares (véanse especialmente las páginas 73, 83, esta última con la cita de un trabajo de G. LÜBBE-WOLFF, «El principio de cooperación en el Derecho ambiental», *DA* 235-236, 1993, pp. 85, 91, 105, 115, 125, 135, con el ejemplo de las ecoauditorías y 143:

«Hay, pues, un traslado del ejercicio de funciones públicas a los particulares, pero no parece que sea la concesión la fórmula idónea para canalizarlo, lo cual no quiere decir que exista una figura disponible a la que erróneamente no se ha recurrido. Justamente lo que parece ponerse de manifiesto es la falta en nuestro ordenamiento de una fórmula que traslade de manera satisfactoria y precisa particulares el ejercicio de estas inequívocas funciones públicas de inspección, control y certificación».

Dos factores más se sumarían a este proceso, según ESTEVE PARDO; primero, la necesidad de controlar los riesgos que acechan sobre bienes jurídicos individuales y colectivos; segundo, la necesidad de controlar los nuevos agentes colaboradores. En general, el propio Derecho comunitario europeo ha traído consigo una intensa tecnificación del Derecho y el consiguiente desarrollo de la colaboración privada en el ejercicio de funciones administrativas.

Dejando esta obra, interesa aportar nuevos ejemplos, sobre la idea de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, distintos de los ejemplos que pueden consultarse en mi trabajo en *REDA* 94 (1997) «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros».

En primer lugar, en torno a la acción de fomento, téngase en cuenta el artículo 81 del TRLGP, donde se regula la colaboración de una entidad (colaboradora) participe en la gestión y distribución de fondos públicos, los cuales en ningún caso se considerarán integrantes de su patrimonio. Dentro de las entidades colaboradoras se incluyen las personas jurídicas que reúnan condiciones de solvencia y eficacia (sobre el particular puede reseñarse el trabajo de J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid 1998).

En segundo lugar, puede profundizarse en la acción de las ONG. En este sentido, la Orden de 4 de septiembre de 1997 hace públicos los nuevos Estatutos de la Cruz Roja (*BOE* de 17.9.1997). En su artículo 5 («objeto y fines») se afirma: «la colaboración en acciones de solidaridad, de cooperación al desarrollo y de bienestar social en general y de servicios asistenciales y sociales —puede verse la *Revista Cruz Roja*, nº 957, 1997—».

En tercer lugar, puede presentarse el ejemplo de las empresas que, de forma voluntaria, optan por gestionar una parte de las prestaciones de la

Seguridad Social. Asumen aquéllas la gestión de estas prestaciones y reciben para ello de la Seguridad Social determinados recursos para hacer frente a su gestión, pues ésta se efectúa por cuenta y cargo de la propia empresa.

Es preciso en este sentido citar varias disposiciones dictadas durante los años 1997 y 1998 (Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de enero de 1998, por la que se desarrollan las normas sobre cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía salarial y Formación profesional, contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998; Orden del mismo Departamento ministerial, de 20 de abril de 1998 por la que se modifica parcialmente la Orden de 25 de noviembre de 1966, que regula la colaboración de empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social).

En virtud de estas disposiciones se modifica significativamente el régimen jurídico de las empresas que de forma voluntaria colaboran con la Seguridad Social, tanto en lo que respecta al régimen de autorización de las mismas, a las fuentes de financiación con las que las empresas deben hacer frente a las obligaciones que asumen, a las formas de llevar a cabo la gestión de las propias prestaciones en las que colaboran y al destino que tiene que darse a los posibles excedentes que puedan derivarse de la colaboración (véase J.A. PANIZO ROBLES, «La colaboración voluntaria de las empresas: modificaciones recientes de su regulación», *Revista Aranzadi Social*, 13, de quien tomo las referencias).

En cuarto lugar, puede hacerse alusión al caso de las Federaciones deportivas en virtud de la STS de 17 de abril de 1996, Ar. 3564, ya que aquéllas son consideradas como asociaciones privadas a las que se les atribuye el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, como es el caso de servir de vía para canalizar la asignación de subvenciones.

También se ha considerado que «la Organización Nacional de Ciegos actúa, más que como una Administración Pública, como una *entidad colaboradora* y a sus actos sólo se les puede atribuir el carácter de actos administrativos cuando se refieran a materias públicas objeto de la específica delegación de la Administración, sin que se encuentre una razón válida para incluir en ellas el nacimiento o extinción de las relaciones entre la ONCE y su personal empleado, al referirse éstas a aspectos de la entidad en los que prepondera el interés privado y que han de regirse por el Derecho laboral» (ATS de 25 de octubre de 1995, AA 1996 número 14, § 262).

En el ámbito de la asistencia jurídica un ejemplo de entidad colaboradora es el regulado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Según el artículo 39 de dicha Ley, los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de los Procuradores de España, así como los Colegios de Abogados y de Procuradores, tienen la consideración de entidades colaboradoras para la gestión de la subvención destinada a la implantación y prestación

de los servicios de asistencia jurídica gratuita, estando sometidos a las obligaciones establecidas para dichos sujetos por la LGP.

En materia tributaria, el artículo 78 del Reglamento General de Recaudación (aprobado por RD 1684/1990, de 20 de diciembre, modificado por el RD 448/1995, de 24 de marzo) afirma que podrán prestar el servicio de colaboración —en la gestión recaudatoria en la Hacienda Pública— las entidades de depósito autorizadas por el Ministerio de Economía y Hacienda. La prestación del servicio no será retribuida. En el párrafo siguiente se prevé la documentación exigible para poder ser *entidad colaboradora*. En virtud del apartado quinto del artículo 78, las delegaciones de Hacienda efectuarán el control y seguimiento de la actuación de las entidades colaboradoras. Un ejemplo de aplicación del artículo 78.6 (suspensión o revocación de las autorizaciones otorgadas) es la Resolución de 26 de noviembre de 1998 (BOE n.º 299) del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, donde se resuelve un expediente incoado a la entidad BBV, declarando la suspensión de la totalidad de operaciones que, como colaboradora en la gestión tributaria, efectúe la sucursal afectada.

Otro caso de colaboración lo ofrece la colaboración con la Universidad por parte de empresas o fundaciones. Un reportaje ilustrativo es el publicado en la *Revista Actualidad Informática Aranzadi*, abril de 1998, n.º 27, con el ejemplo de las «Aulas Aranzadi», definiéndose dicha empresa como entidad colaboradora de la enseñanza superior. Un caso singular es el de la Fundación per la «Universidad Oberta de Catalunya» (regulada por la Ley 3/1995, del Parlamento de Cataluña). Sobre el particular, puede verse A. RUIZ OJEDA, «Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», *REDA* n.º 93 (1997), pp. 27 y ss.; estudia este trabajo concretamente el caso de las fundaciones, para ejemplificar la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas. El autor valora positivamente el artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, por representar un ejemplo de colaboración. La consideración como colaboradoras, de las fundaciones, se basa en la función pública que realizan, en su posición de coadyuvantes en la realización de aquélla, así como en los privilegios de las fundaciones (de inembargabilidad) y en las obligaciones contraídas (continuidad en la prestación del servicio, intervención temporal de las fundaciones por parte del protectorado).

En general, como «notas características de la colaboración» en cuanto tal pueden destacarse: 1. La colaboración surge de un título jurídico habilitante (un contrato, una concesión o autorización o el simple ministerio de la Ley); 2. El título habilitante liga de forma estable —tendencialmente estable, al menos— al colaborador con la Administración, y legitima a aquél para ostentar una posición jurídica plenamente operativa respecto a terce-

ros; 3. La Administración se encuentra asistida de facultades de control, no sólo de la esfera del colaborador, sino de su esfera jurídico-patrimonial y en tanto en cuanto queda ésta vinculada a la realización de las actividades estatutarias confiadas; 4. Frente a terceros, el colaborador ve trasladadas en parte a su esfera jurídica determinadas prerrogativas estatutarias de su principal, esto es, un conjunto de privilegios y especialidades del más diverso alcance. Un ámbito donde ha irrumpido con fuerza la colaboración es la concentración parcelaria, conforme a las nuevas leyes autonómicas reguladoras. Asimismo, la ejecución de los apremios se hace mediante entidades colaboradoras (véase el art. 149 del Reglamento General de Recaudación).

Mención aparte merece el caso de la colaboración privada en el ejercicio de la función pública de ejecución del planeamiento urbanístico. En la jurisprudencia es ilustrativa la STS de 15 de septiembre de 1993, Ar. 10.115, cuando dice: «esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración: cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan aquéllos con la Administración en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento».

Clásica es la intervención de los propietarios en el ámbito de la gestión urbanística, principalmente en los sistemas de compensación o cooperación, sin perjuicio de otros nuevos que añade la legislación autonómica urbanística. En los artículos 8 y 24 a 30 del RGU se consigue establecer el régimen jurídico común y fundamental de las distintas entidades colaboradoras (considerando como tales las Juntas de Compensación, las Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación y las entidades de conservación; sobre estas últimas, SSTS de 14 de abril de 1992, Ar. 3.429, 13 de marzo de 1989, Ar. 2.525, 26 de marzo de 1990, Ar. 2.674, 17 de mayo de 1994, Ar. 3.901; arts. 25.2 y 69.1 del RGU).

La nueva LRVS de 1998 (artículo 4) apuesta decididamente por la colaboración de los particulares, ya que si bien a los poderes públicos corresponde la «acción urbanística» y la «dirección del proceso», los propietarios «deben contribuir» a dicha acción e, incluso, se les reconoce la «iniciativa» en el ejercicio de dicha «acción urbanística». Asimismo, conforme a su tercer apartado, la Administración debe procurar o promover «la participación de la iniciativa privada». En la doctrina véase J.C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, equidistribución y urbanismo*, Pamplona 1998, quien demuestra que la función social de la propiedad no puede llevar a anular la colaboración e incluso protagonismo que corresponde asumir a los particulares en la realización de los procesos de urbanización y edificación (en el Derecho alemán, para conocer las últimas tendencias del Derecho urbanístico pueden verse distintas contribuciones en el nº 9 de la *Revista Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1999).

También los convenios urbanísticos, institución en auge, son un cauce vital de expresión de la colaboración de los particulares en el ejercicio de la

función pública urbanística. Aunque al urbanismo histórico no fueron ajenos los convenios (ni tampoco a la LS 1956, TRLS 1976 y TRLS 1992), lo cierto es que es en tiempos recientes cuando cobran especial auge, utilizándose para modificar el planeamiento urbanístico (comprometiéndose el Ayuntamiento a clasificar o calificar los terrenos atribuyéndoles determinados usos e intensidades y el propietario a compensar los beneficios adquiridos incrementando las cesiones gratuitas al Ayuntamiento más allá de las cesiones previstas en el ordenamiento jurídico) o con fines recaudatorios, etc.

Es obvio que este planteamiento acentúa la necesidad especial de transparencia y de publicidad en la celebración de convenios (Disposición Adicional cuarta de la Ley valenciana 4/1992, de 5 de junio, de Suelo no urbanizable; art. 74.3.a de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, art. 140.5.2 de la Ley navarra 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, etc.).

Volviendo a la reseña de publicaciones, objeto principal de este trabajo, es preciso conocer la labor que está llevando a cabo el profesor alemán H. BAUER, en Europa hoy un destacado representante del «Derecho de la colaboración», siguiendo la propia denominación que BAUER emplea (*Verwaltungskooperationsrecht*). Algunas obras son H. BAUER, «Die negative und die positive Funktion des Verwaltungsvertragsrechts», en el Libro Homenaje a F. KNÖPFLE, *Der Verwaltungsstaat im Wandel*, München 1996; H. BAUER, «Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership», *DÖV* n°3 1998; H. BAUER, «Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts -Statement-», en: G.F. SCHUPPERT (coordinador), *Jenseits von Privatisierung und schlanken Staat*, Baden-Baden, Berlin 1999; H. BAUER, «La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca», *Diritto pubblico* 1, 1999.

A su juicio, la idea de colaboración irrumpe hoy con especial fuerza en el ejercicio de las funciones administrativas, presentando diversos ejemplos de colaboración ciudadanos-Administración en conexión con planteamientos de tipo privatizador. De esta forma, BAUER ejemplifica los cambios que, a su juicio, se han producido en cuanto al papel y funciones del Estado en este mundo en el que vivimos caracterizado por la interconexión entre lo público y lo privado. Consecuentemente, según BAUER sería necesario desarrollar un «Derecho administrativo de colaboración», lo que no significa necesariamente que el Derecho administrativo tenga que regular todas y cada una de las incidencias jurídicas que se producen como consecuencia de la participación de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas.

A efectos del Derecho español, el interés de estos trabajos estaría esencialmente en ejemplificar los desarrollos que experimenta el Derecho administrativo y la necesidad de desarrollar una idea o Derecho de colaboración (véase, igualmente, nuestro trabajo en *REDA* 94).

No obstante, no tendría entre nosotros mayores consecuencias el ejemplo central de las publicaciones de BAUER que es el contrato de la Administración, como forma esencial de colaboración. En el Derecho alemán tiene interés este enfoque, ya que mediante la consideración del contrato como una forma jurídica propia del «Derecho administrativo de la colaboración» se está consiguiendo desarrollar el Derecho administrativo dentro de las formas contractuales entre Administración y ciudadano.

Sin embargo, en el Derecho español el contrato entre Administración y particular es una forma jurídico-administrativa suficientemente desarrollada, sin necesidad de acudir para ello al «Derecho administrativo de la colaboración». Es más, a mi juicio, el Derecho administrativo español debería tomarse en Alemania como punto de referencia para desarrollar jurídicamente el contrato administrativo. Si bien no llega BAUER a propugnar abiertamente un «contrato administrativo» son reiteradas las alusiones a la necesidad de desarrollar el Derecho administrativo en este ámbito de la contratación de la Administración. BAUER estudia la evolución que está sufriendo la evolución contractual en Alemania, con numerosos ejemplos que ponen de manifiesto cómo de forma creciente la Administración acude al contrato para la realización de funciones administrativas (muchas de ellas servicios públicos a efectos del Derecho español). Los «nuevos contratos», resultado de esta idea pujante de colaboración, son contratos en virtud de los cuales la Administración delega en un particular la realización de funciones públicas (a efectos del Derecho español, contratos de gestión de servicios públicos) y en los cuales aparecen numerosas prerrogativas típicamente públicas. Todo esto supone la crisis de los viejos postulados de Otto MAYER, en virtud de los cuales a la Administración le estaba vedada la forma contractual (puede verse también K.P. SOMMERMANN, *Autorité et contrat dans l'Administration moderne en Allemagne*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1998).

Otras publicaciones de no menor interés que abordan el tema de la colaboración son, en el Derecho alemán, las de W. FETTIG/L. SPÄTH, *Privatisierung kommunaler Aufgaben*, Baden Baden, 1997; R. PITCHAS, «Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste?», *DÖV*nº10, 1997, con otras referencias doctrinales; C. ZEISS, «Private Vorfinanzierung öffentlicher Infrastruktur», *NVwZ* 5 1998, p. 467.

En el Derecho español un caso singular e interesante en relación con la colaboración y la forma contractual sería el artículo 53.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que si bien «en los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos», se admite no obstante que las empresas pueden «colaborar» en las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos.

Todos los casos anteriores ponen de manifiesto el interés que presenta actualmente la idea de colaboración. Precisamente su carácter voluntario y el posible incentivo empresarial impulsan el desarrollo de esta figura que encuentra también desarrollo a través de las formas societarias mixtas según pone de manifiesto E. MALARET GARCÍA, *La reconversión industrial*/Madrid 1991, p. 397 y A. JIMÉNEZ-BLANCO, en su trabajo en *REDA* nº47 (1985), tomando como ejemplo el ámbito de la reconversión industrial.

Pero también de forma altruista puede manifestarse la colaboración. Un ejemplo, en la moderna legislación, puede ser el artículo 39.3 párrafo segundo de la Ley General de las Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril). Esta Ley prevé un Fondo del Servicio Universal donde van a parar las aportaciones que obligatoriamente han de prestar los distintos operadores de telecomunicaciones para financiar las cargas y obligaciones que impone el servicio público. Pues bien, el citado artículo 39.3, párrafo segundo, establece que «en la cuenta podrán depositarse aquellas aportaciones que sean realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir, desinteresadamente, a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal».

Junto a estas formas de colaboración puede situarse la colaboración interadministrativa o el deber de colaboración (J.L. PALMA FERNÁNDEZ, «El deber de colaboración de las Cajas de Ahorros con las Administraciones Públicas», *AA* 1996, número 10) y el caso del voluntariado (A. GARCÍA INDA, «La construcción administrativa del voluntariado: un modelo explicativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997).

En este sentido, la vulneración del deber de colaboración puede dar lugar a la imposición de una sanción, como ocurre con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 1998, donde aquélla se impone a un detective privado por negarse a prestar la debida colaboración respecto de los inspectores, negándose concretamente a entregarles varios expedientes para contrastar o verificar los asientos del libro-registro (puede verse en: *AA* 14 1999 § 263).

3. EN ESTE CONTEXTO, ACTIVIDAD ECONÓMICA, SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Un ámbito propicio para la aplicación del Derecho privado es el del ejercicio de funciones industriales o mercantiles. No pueden olvidarse los límites que impone el ordenamiento jurídico, a los poderes públicos, cuando éstos pretenden realizar una actividad económica. En este sentido, una obra que se enfrenta con este tipo de cuestiones es la de E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Madrid/Barcelona, 1998. Este

libro estudia el objeto social posible de las sociedades de gestión urbanística, así como los límites que se derivan del Derecho de la competencia y las reglas -esencialmente procedimentales- de Derecho administrativo de Derecho local que deben respetarse a la hora de iniciar una actividad económica o mercantil.

La posibilidad de admitir la utilización del Derecho privado, por parte de las Administraciones públicas, dependerá evidentemente de qué tipo de función pretenda la Administración llevar a cabo. Éste es el enfoque de la publicación de J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?», *RAP* n°144, 1997. Concretamente, el trabajo estudia el fenómeno de la creación de sociedades mercantiles para la ejecución de obras públicas. No estamos ante una actividad simplemente mercantil o siquiera prestacional, ya que la ejecución de obras es una función típicamente administrativa. La conclusión a la que llega el autor es la constatación de que el nivel de garantías jurídicas es en estos casos «abiertamente insuficiente», a pesar de que se haya producido un fenómeno de «republicación» de la actividad de Derecho privado.

Es interesante relacionar esta publicación con el trabajo de J.M. BARQUERO ESTEVAN, «La organización de las Administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria», *REALA* n° 276, 1998, pp. 105 y ss.; pone de manifiesto esta obra que no es posible «la gestión indirecta de las funciones tributarias», por tratarse de funciones de autoridad. Nuevamente, es el tipo de función desempeñada lo que lleva consigo la consecuencia jurídica. No obstante, el autor admite la posibilidad de «la colaboración» por parte de entidades privadas en el ámbito de la gestión tributaria (esencialmente funciones auxiliares o de preparación de decisiones, o práctica material de notificaciones; puede verse también nuestro trabajo en *REALA* 274-275, sobre el tema).

La subcontratación merece también en este contexto un comentario. Es preocupante que esté sirviendo para realizar auténticos fraudes de ley administrativa. Los contratistas son cada vez menos *actores* en la ejecución del contrato celebrado con la Administración, y cada vez más simples «intermediarios» entre la Administración y subcontratistas. Los contratistas reducen su personal y medios y se convierten en directores de obra. El propio personal que antes trabajaba al servicio de las empresas contratistas puede llegar a nutrir la subcontratación. Lo preocupante es que se está generando un cuadro de relaciones jurídicas, en el ámbito de contratación, que puede escapar del marco previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De diversas fuentes periodísticas se extrae la información de que el 90% de las obras se ejecutan mediante subcontrata; en Castilla y León se ejecutaron obras por valor de más de 500.000 millones de pesetas, de los cuales más de 400.000 se realizaron a través de subcontratos.

Finalmente, puede verse la Resolución de 18 de noviembre de 1997, del Presidente del Congreso de los Diputados y del Presidente del Senado, por

la que se dispone la publicación del dictamen de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas correspondiente a la Cuenta General del Estado, así como los Acuerdos Anejos y el Informe anual del Tribunal de Cuentas al ejercicio 1994, donde se contienen, con cifras, numerosos y específicos detalles sobre incumplimientos de la legislación de contratos por parte de la Administración y sus entidades.

Siguiendo con la contratación, y sin desviarnos de la problemática de la interconexión entre lo público y lo privado, puede consultarse la publicación de F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *REDA* 1997 pp. 385 y ss., con una defensa de la aplicación de los actos separables sobre la contratación privada.

En materia de servicios públicos, sin pretensión de citar todas las publicaciones recientes que han ido apareciendo pueden recordarse los trabajos de E. MALARET GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto», *RAP*, n°145, 1998, así como sus contribuciones en *AJDA* 20 de junio de 1997 y en *European Review of Public Law*, vol. 10 3 (1998). Otros trabajos son: S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El reto de los servicios públicos*, Parlamento Europeo, Luxemburgo, 1997; J.J. MONTERO PASCUAL, «Titularidad privada de los servicios de interés general», *REDA* n°92 (1996), pp. 567 y ss.; T.R. FERNÁNDEZ, «Empresa pública y servicio público; el final de una época», *REDA*, n°89 1996, pp. 37 y ss.; P. MENÉNDEZ, «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades locales (especial referencia al abastecimiento de aguas y suministro de gas)», *REDA*, 1996, pp. 49 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid 1996 y J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada 1998, donde puede consultarse el desarrollo histórico de los servicios públicos, los criterios conceptuales de esta institución y el régimen jurídico-comunitario y español.

Finalmente, una vez finalizado este trabajo se publican tres trabajos que consideramos necesario citar por su posible repercusión en el Derecho administrativo: primero, G. ARIÑO, *Principios de Derecho público económico, Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Fundación de Estudios y Regulación/Comares, Granada 1999 (con la colaboración de M. DE LA CUÉTARA Y L. LÓPEZ DE CASTRO); en la misma línea temática R. RIVERO ORTEGA, *Introducción al Derecho administrativo económico*, Salamanca 1999, pp. 141 y ss.; en Alemania, M. RONELLENFITSCH, «Staat und Markt: rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben», *DÖV* 17 1999, pp. 705 y ss. y F. KIRCHHOF, «Haushaltssanierung durch sale and lease back von Verwaltungsgebäuden», *DÖV* 6, 1999, p. 242.



DOCUMENTOS

