

RECENSIÓN

Carlos YÁÑEZ DÍAZ, «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*». Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018, 432 págs.

A la abundante bibliografía existente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración se une ahora la obra de Carlos Yáñez Díaz en la que se analiza con profundidad la relación entre el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la técnica de privatizar la gestión de servicios públicos. El autor es Letrado de Comunidad de Madrid, circunstancia a la que une, entre otras facetas, su experiencia como Letrado del extinto Consejo Consultivo de esta Comunidad y, desde su creación, ha ejercido como Letrado de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Esta referencia biográfica garantiza un conocimiento directo y profundo sobre el objeto de la investigación que se publica.

La obra combina el análisis teórico-doctrinal, desde la óptica de las categorías propias del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, con una perspectiva eminentemente práctica a la luz de una prolija referencia de sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y demás órganos jurisdiccionales, especialmente Tribunales Superiores de Justicia; y de dictámenes de los órganos consultivos, esto es, del Consejo de Estado y de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

A partir de estos materiales, y de una extensa nómina bibliográfica, el autor construye una monografía en la que compila algunos de los aspectos problemáticos del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la diversificación de las técnicas de ejercicio de funciones públicas, y ello desde la exposición del amplio abanico de posiciones que han seguido tribunales y consejos consultivos.

El libro, tras el prólogo de Juan José Rastrollo Suárez y de una introducción del propio autor, se inicia con una reflexión acerca del fenómeno de la privatización, cuyo auge sitúa el autor a finales del siglo pasado y que ha supuesto un cambio significativo en la manera en la que se relacionan los ciudadanos con los proveedores de servicios públicos. De hecho, este fenómeno implica la irrupción en el sistema de provisión de servicios públicos de diferentes agentes públicos, privados y con naturaleza mixta que, a su vez, se relacionan con los Poderes Públicos –a quienes la teoría clásica del Estado atribuía en régimen de monopolio la provisión de servicios públicos– también de manera diversa.

Desde esta aproximación, diversa y compleja por la propia naturaleza del concepto, Carlos Yáñez expone cómo el Derecho Administrativo español ha regulado este proceso en el que distingue los distintos procesos o formas de privatización y su reflejo en el ordenamiento jurídico. En este sentido, dedica una especial atención a las teorías del new public management y al concepto más reciente de gobernanza tan frecuente en la justificación de normas relativas a la gestión pública.

El concepto de privatización guarda una estrecha relación con otro concepto muy habitual en nuestro Derecho como es el de la huida del Derecho Administrativo, que como se señala, a pesar de la generalidad de las críticas doctrinales, ha sido calificada por el Tribunal una realidad fáctica y jurídica (STC 14/1986). Esta huida del Derecho Administrativo se materializa en diferentes vías, tales como creación de sociedades, constitución de fundaciones o creación de entes de derecho público sometidos al Derecho privado. De esta manera, los poderes públicos han articulado un complejo entramado que, en última instancia, como se ha demostrado no siempre lleva aparejada una mejora en la eficiencia y eficacia en la gestión del interés público, sino que con frecuencia, implica un perjuicio en la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los proveedores de servicios públicos. En este sentido, como indica el autor, un límite muy efectivo a esta huida lo constituye el sometimiento de los poderes adjudicadores al Derecho Comunitario.

Con un especial énfasis, Carlos Yáñez aborda desde la óptica del Derecho comparado la posición de lo que denomina colaboradores, entendiendo como tales las personas privadas que, en virtud de un proceso de externalización, desempeñan tareas públicas, siendo en la actualidad una técnica muy frecuente, auspiciado por la normativa europea en aras de fomentar la competencia.

Así, el complejo proceso de privatización que se analiza en el libro y su no menos complejo encuadre con el Derecho Administrativo, lleva al autor a entender que se está produciendo una «profunda transformación del Estado social» que tiene como consecuencia que el Estado pasa de tener la función principal de prestador de servicios a tener la función de garante de estos servicios, que son en parte, prestados por terceros con mayor o menor ajenidad a la organización administrativa a la par que vinculados al Derecho privado, algo, por otra parte, coherente con la idea de nuestra Constitución de dar entrada a los particulares en la consecución del interés general (arts. 27, 34 o 41 CE, entre otros). Para el autor, esta circunstancia lleva a la necesaria reflexión sobre el control que deben asumir los poderes públicos sobre la calidad de estas funciones y servicios de naturaleza pública prestados por terceros. En este sentido, se abordan los posibles límites a esta externalización y su relación con la normativa europea de libre competencia así como respecto al equilibrio entre los principios de eficacia y eficiencia y la calidad en la prestación. Ello aboca a un estudio del control por los poderes públicos de la actividad de las entidades colaboradoras en la prestación de servicios, tanto desde la perspectiva interna como la comparada, y su repercusión como título habilitante del reconocimiento de responsabilidad.

Es precisamente esta configuración del Estado como garante de unos servicios de calidad con independencia de la fórmula que se articule para su prestación lo que nos lleva al instituto de la responsabilidad patrimonial. La exigencia de calidad implica una exigencia de responsabilidad política, pero también la de una responsabilidad patrimonial cuando de la prestación del servicio se derive un perjuicio antijurídico para los ciudadanos.

Como paso previo para analizar la responsabilidad patrimonial por actuaciones de determinadas personas ajenas a la Administración, el autor realiza una muy interesante aproximación, a través de la jurisprudencia y los dictámenes del Consejo de Estado, a la responsabilidad de los poderes públicos del Estado, bien en su vertiente de Estado Legislador, bien referida a los órganos constitucionales como el Defensor del Pueblo –lo que lleva a abordar la responsabilidad de las Cortes Generales– o el Tribunal Constitucional.

El autor, asimismo, entra al estudio de la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva de un derecho subjetivo de los ciudadanos que se consolida en el ordenamiento español desde sus orígenes en la responsabilidad extracontractual. Ello permite al lector conocer la evolución del instituto de la responsabilidad patrimonial en nuestro derecho, cuya consolidación se sitúa generalmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 al establecerse la responsabilidad directa y objetiva de la Administración y que contemplaba, en ciertos supuestos, la responsabilidad de la Administración a causa de actuaciones de concesionarios. Especialmente interesante es la referencia que se desarrolla al proceso de incorporación del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración a nuestra Constitución, y las características que definen al instituto constitucionalmente garantizado.

Para ello, uno de los ejes de estudio es el ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial, lo que necesariamente lleva a intentar acotar los conceptos de Administración y el de «servicios públicos», este último empleado por el constituyente en el artículo 106 de la Carta Magna. Sin duda, conceptos que son y han sido objeto de un prolijo debate en la doctrina del que se da cumplida cuenta en la obra, pero que en todo caso son esenciales para el objeto de la investigación publicada. El autor, sin embargo, no solo se limita a enumerar las principales posiciones doctrinales, sino que apoya su discurso en la evolución de la normativa en materia de organización de la Administración, entre otras fuentes, permitiendo así una aproximación a las diferentes personificaciones actualmente contenidas en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público y el alcance de la responsabilidad patrimonial de estas entidades. Dentro de este análisis de los entes que conforman el Sector Público, se expone con detalle la imputación de responsabilidad a estos entes a partir de la teoría del levantamiento del velo, típica del ámbito del Derecho de sociedades, y de la relación de dependencia, y se ilustra este enfoque con tres supuestos resueltos por órganos jurisdiccionales: Correos y Telégrafos, Metro de Madrid y el Canal de Isabel II. De esta exposición, el autor concluye la existencia de una cierta tendencia de estas sociedades a eludir las reclamaciones de responsabilidad de los particulares amparándose en su naturaleza jurídica y su

sometimiento al Derecho privado, lo que a su criterio contradice la propia esencia del Estado de Derecho y genera un incremento del perjuicio en los ciudadanos, por ello, atendiendo a diversos planteamientos doctrinales, propugna posibles reformas normativas en garantía de los derechos de los ciudadanos.

A partir de estos análisis de carácter general respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con la prestación de servicios públicos por entidades diversas, la segunda parte de la obra, los capítulos 6 a 10 se dedican específicamente a distintos supuestos concretos. El estudio en estos casos intenta exponer con detalle los distintos elementos que confluyen en la sustanciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando sus funciones son desarrolladas por terceros por distintos títulos habilitantes, con un especial énfasis en sustentar la investigación en pronunciamientos de los tribunales de justicia, del Tribunal Constitucional, del Consejo de Estado o de los consejos consultivos autonómicos, lo que es especialmente interesante dado el abundante casuismo que se da y la ausencia, en muchos de estos casos, de una línea doctrinal o jurisprudencial de carácter uniforme en el tiempo.

El primero de estos capítulos versa sobre la responsabilidad de contratistas y concesionarios. No se trata de una cuestión novedosa o infrecuente en la doctrina de los Consejos Consultivos¹ o en la jurisprudencia, de hecho, ya venía contemplada en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. El análisis aborda cuestiones tales como la responsabilidad del contratista en base al Derecho Civil, la responsabilidad de los contratistas en la legislación de contratos y del procedimiento administrativo, la acción de regreso de la Administración frente al contratista o las facultades de la Administración para determinar la responsabilidad del contratista, entre otras cuestiones, todas ellas cuestiones muy conflictivas y objeto de múltiples debates y pronunciamientos jurisprudenciales, lo que explica la extensión de este capítulo en la monografía.

El siguiente de los capítulos dedicados a la casuística concreta, el séptimo del libro, se centra en los sujetos privados «colaboradores» de la Administración, quienes asumen la prestación de funciones administrativas en virtud de contratos o convenios, especialmente habitual en los últimos tiempos en ámbitos de control técnico o altamente especializados. En la generalización de esta práctica ha sido determinante la normativa europea de liberalización de servicios, en especial, la Directiva Bolkenstein, y la implementación del sistema de comunicación previa o declaración responsable en sustitución del tradicional sistema de autorización previa, lo que tiene repercusiones en la atribución de responsabilidad a la Administración, tal y como detalladamente señala el autor.

Un tercer capítulo aborda una problemática en la que la jurisprudencia española ha mantenido un criterio cambiante, como se puso de manifiesto en las

¹ Vid. número 25 de la *Revista Española de la Función Consultiva*, donde se dedicó el bloque de Doctrina comparada a este objeto.

páginas de la *Revista Española de la Función Consultiva*²: la responsabilidad patrimonial de la Administración por la actuación de las Mutuas de accidentes de trabajo y demás entidades colaboradoras de la Seguridad Social. En especial, el autor analiza la responsabilidad de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) y la repercusión que su especial naturaleza tiene respecto a la atribución de responsabilidad.

El penúltimo de estos capítulos dedicados a aspectos específicos se dedica a la actuación de Notarios y Registradores, en tanto que paradigma de particulares que ejercen funciones públicas de gran relevancia.

Finalmente, no podía faltar en una obra de estas características un capítulo dedicado a la responsabilidad patrimonial de las entidades urbanísticas colaboradoras. Sin duda uno de los aspectos de la responsabilidad patrimonial que, tanto por su cantidad como por el volumen económico que implican las reclamaciones, más atención han generado.

La obra incluye un apartado final de conclusiones en las que el autor articula una extensa y profunda propuesta de reformulación de la responsabilidad patrimonial para que esta institución siga siendo efectiva para garantizar el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y se acomode a las exigencias de un Estado social de Derecho.

En definitiva, estamos ante un trabajo que por su objeto y la profundidad del análisis constituye está llamado a ser una referencia en el corpus doctrinal de la responsabilidad patrimonial de nuestro Derecho.

Fernando García Mengual
Letrado de las Corts Valencianes
Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Católica
de Valencia “San Vicente Mártir” y Universitat de València

² Número 21.