

la salida también pasa por la inadmisión, aplicando lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero este correcto planteamiento se enfrenta al riesgo de lesionar la tutela judicial efectiva, que para ser evitado obligaría a optar por mecanismos disuasorios alternativos, como la condena en costas.

Un tratamiento específico, profundo y bien meditado, merece el problema de la «compleja admisibilidad» de la teoría del abuso de derecho en el caso del ejercicio de las acciones públicas, enfoque que demuestra el buen sentido del autor y su capacidad de ponderación de derechos individuales, colectivos e intereses públicos.

En el capítulo cuarto, el Profesor CASTILLO BLANCO demuestra su ambición dogmática ofreciéndonos una afinada delimitación del abuso de derecho de otras figuras afines, y proponiendo la «redefinición» de las normas sobre la aplicación y eficacia del Ordenamiento jurídico-público. Una empresa que, necesariamente, ha de comenzar por un esfuerzo de discernimiento de los principios en un momento de inflación principal que no contribuye precisamente a la seguridad jurídica, no al menos en su comprensión continental clásica.

Mostrando las sutiles líneas de separación entre el abuso de derecho, la mala fe y el fraude de ley, más la violación de la confianza legítima y la desviación de poder, se nos da un buen ejemplo de cuál debiera ser el papel de la doctrina jurídica en la mejora de la comprensión del Ordenamiento jurídico. Evitando la paradójica situación en la que principios que se derivan de las ideas de justicia material y seguridad jurídica pueden ser confundidos o manipulados produciendo incertidumbre.

Para ello, el autor se alinea en la defensa de una construcción jurídico-pública de estos principios, no incompatible con su versión jurídico-privada, pero sí modulada y adaptada a las características propias de la Administración y su defensa de los intereses generales.

Así, en las páginas finales de la obra se nos presenta esa afinada separación de principios que han devenido capitales para nuestro Derecho administrativo: la confianza legítima y la buena fe (con un tratamiento especial de su delimitación respecto de la irretroactividad y la compleja com-

prensión de lo que sean derechos adquiridos); el fraude de ley y la desviación de poder (planteándose si efectivamente son comportamientos distintos); o los principios de prohibición de ir contra los propios actos o de invocar la propia torpeza. Diferenciando todos del abuso de derecho, como objeto principal de su investigación.

Para concluir, se plantea el autor la cuestión central de si debe abandonarse el Código Civil como parámetro de interpretación y aplicación de las normas jurídico-administrativas, contestando desde una propuesta de relativización de las diferencias entre el Derecho público y el Derecho privado a partir de los «supraconceptos», pero supraconceptos puestos al día, no los del Título preliminar de un Código Civil pensado para un modelo de sociedad distinto del actual.

Al final, nos queda la sensación de haber disfrutado con la lectura de un buen libro sobre el Derecho y la Justicia. Obra escrita desde una decidida vocación sistematizadora, dogmática. Hija digna de reconocimiento de un acreditado administrativista granadino.

Ricardo RIVERO ORTEGA  
Universidad de Salamanca

CUETO PÉREZ, Miriam: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, 232 págs.

I. Si se opta por decir que, en términos generales, el Derecho administrativo es el Derecho de las Administraciones públicas, inmediatamente han de añadirse una serie de matices y excepciones. La introducción de esos matices y excepciones en modo alguno constituye un ejercicio erudito más o menos estéril, porque en ellos se cifran —al fin y al cabo— los contornos, los límites y las fronteras del Derecho administrativo mismo.

Ésta es la clave en que ha de leerse el libro de Miriam CUETO PÉREZ, pues —bajo el título *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*— se es-

tudian algunos de los factores que con mayor intensidad están contribuyendo hoy a transformar el Derecho administrativo. Dicha mutación alcanza ya a todas las categorías jurídicas primarias de nuestra disciplina. En efecto, tanto la norma como el acto y el contrato están experimentando profundos cambios en su tratamiento tradicional. De esas categorías, la obra recensionada se centra, sobre todo, en el acto y su estudio se aborda desde una perspectiva subjetiva, pues de lo que trata es del *desempeño de funciones públicas por sujetos privados*. Por decirlo con otras palabras, el fenómeno nuevo al que primordialmente se refiere el trabajo es el de la producción de «actos» por parte de sujetos que ya no son la Administración. Como es sabido, también la «norma» está experimentando una profunda crisis desde este mismo punto de vista. Piénsese en la llamada «autorregulación», con sus correspondientes manifestaciones normativas (códigos de conducta, normalización, etc.). Es evidente, sin embargo, que el tratamiento de este tema exigiría por sí solo un trabajo monográfico, como por otra parte ya ha realizado la doctrina. Con todo, la autora no renuncia a tocar la influencia que este fenómeno —la realización de funciones públicas por sujetos privados— está ejerciendo también sobre el contrato y, en menor medida, en materia de responsabilidad patrimonial.

II. ¿Y qué sujetos privados son los que hoy —y cada vez en mayor medida— vienen desempeñando funciones públicas que el ordenamiento tradicionalmente atribuía a la Administración de forma exclusiva? La autora reúne los numerosos ejemplos que ofrece el Derecho positivo en seis grupos, dedicando un capítulo a cada uno de ellos: las personas jurídico-privadas de las Administraciones públicas (tanto sociedades mercantiles como fundaciones), los concesionarios y contratistas de la Administración en la gestión indirecta de servicios públicos, las corporaciones de Derecho público, determinadas entidades colaboradoras de la Administración, las empresas prestadoras de servicios liberalizados y las empresas privadas sujetas a la legislación sobre contratación pública.

Es ésta una de las cualidades más valiosas del libro, gracias a la cual se arroja

luz sobre algunos fenómenos de difícil encuadramiento, ya sea por su excesiva novedad, ya sea por la complejidad de la normativa o sector en el que se producen. Esta sistematización de las diferentes categorías de sujetos hubiera bastado para dotar de indudable valor al trabajo de Miriam CUETO. Pero la autora no se ha conformado con ello y se ha propuesto un objetivo más ambicioso: el de someter la actuación de todos esos sujetos a una serie de principios y garantías comunes, principios y garantías que sólo el Derecho administrativo puede ofrecer, en la medida en que la actuación de dichos sujetos afecte a terceros. Éste es el propósito fundamental y la tesis sostenida por la Profesora CUETO en su libro. Desde esta perspectiva, el punto de partida es claro. La sumisión de la Administración al Derecho administrativo se encuentra justificada por su posición jurídica de supremacía (sus prerrogativas) y su actividad orientada directamente a la satisfacción del interés general. Por lo tanto, si comienza a haber sujetos que no son Administración pero cuya posición frente a los ciudadanos es, sin embargo, en algún aspecto similar a la descrita para las Administraciones, es lógico que dichos sujetos resulten sometidos a esas mismas o parecidas reglas de procedimiento.

III. Uno de los supuestos que más problemas plantea es el de las sociedades mercantiles de titularidad pública. Pese a las diversas prohibiciones, no es infrecuente tropezarse en la realidad con sociedades poniendo en juego facultades que implican el ejercicio de autoridad pública (gestión tributaria, inspección técnica de vehículos, determinadas atribuciones de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, etc.). Algo similar sucede con las fundaciones del sector público y los concesionarios y contratistas de servicios públicos. Varias son las Comunidades Autónomas que no han prohibido a las citadas fundaciones el ejercicio de «potestades administrativas». Y en el caso de los concesionarios y contratistas es el propio ordenamiento el que expresamente habilita a la Administración para delegar en dichos sujetos las «potestades administrativas» que sean necesarias para la buena prestación del servicio, aparte de que a veces se les enco-

miende —ilegalmente— la gestión de servicios que implican el ejercicio de funciones de autoridad (inspección, imposición de sanciones, gestión de tributos, etc.).

Tras barajar diversas posibilidades, se aboga por una solución *lege ferenda* que consistiría, por un lado, en abolir de una vez un precepto reiteradamente incumplido, esto es, la prohibición de que aquellas sociedades mercantiles ejerzan potestades administrativas que impliquen ejercicio de autoridad, y, por otro, en ampliar el ámbito de aplicación de la LAP —que no las considera Administración— vinculándolo a un cierto contenido objetivo en función del tipo de actividad, del interés público en ella presente y del ejercicio de potestades administrativas de esa clase. Se acabaría así con la zigzagueante jurisprudencia que unas veces las considera Administraciones públicas, otras las trata como sujetos privados y otras les atribuye una posición semejante a la del concesionario, y ello a pesar de que en estos casos se trata de una forma directa de gestión del servicio público.

En cuanto a los concesionarios y contratistas de la Administración para la gestión indirecta de servicios públicos, la solución propuesta se mueve en la misma dirección. La Ley contempla únicamente la posibilidad de que los usuarios interpongan contra los actos de dichos sujetos recurso de alzada «impropio» ante la Administración concedente, con ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Para el resto de cuestiones, y pasando por encima del debate acerca de si son o no actos administrativos los actos dictados por el concesionario frente a los usuarios en el ejercicio de las potestades delegadas para el buen desempeño del servicio, la Profesora CUETO propone la aplicación a dichos actos de las garantías del procedimiento y el acto administrativos. La finalidad es evidente: que las garantías del administrado-usuario no se vean mermadas cuando la gestión del servicio se efectúa de forma indirecta, evitándose de este modo una discriminación frente a aquellos otros que lo disfrutaban en régimen de gestión directa.

IV. Similar a los casos anteriores es el de las empresas prestadoras de servicios liberalizados, es decir, de las empresas que operan en sectores económicos que antes

eran servicios públicos y ahora son «actividades o servicios económicos de interés general» (electricidad, telecomunicaciones, servicios postales...).

En estos supuestos se tiende a que la posición del usuario sea sustancialmente equiparable a la del usuario de un servicio público. Por eso, dichas empresas desarrollan una actividad formalmente privada pero con sujeción a muchos deberes y principios similares a los del servicio público (neutralidad, igualdad, prestación universal, continuidad, etc.). Ahora bien, donde se observan mayores deficiencias es en el campo de las garantías aplicables a la solución de diferencias, por un lado, entre el usuario y la empresa y, por otro, entre ésta y el operador dominante en esos mercados.

La tendencia del ordenamiento consiste en remitir las discrepancias entre el prestador del servicio y el usuario a un procedimiento sustanciado ante la Administración. Pero el legislador sectorial debe todavía reforzar la eficacia de dichos procedimientos de reclamación, asegurándose en todo caso que, en último término, siempre pueda recurrirse ante la Administración competente en la materia de que se trate y, en caso de desacuerdo, impugnarse la resolución de ésta ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, en algún campo concreto deben paliarse deficiencias adicionales. Por ejemplo, en el sector eléctrico no se señalan ni los plazos de interposición de la reclamación ni los de la resolución del correspondiente procedimiento. A su vez, y como se ha apuntado, debe dejarse claro que las relaciones de las empresas con el operador dominante tampoco han de regirse por el Derecho privado ni por la libertad de pactos. La Administración debería resolver los conflictos que surjan entre dichos sujetos para evitar los abusos del que ostente la posición dominante.

V. Particular dificultad ofrece el caso de las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas (inspección de vehículos y de barcos de recreo, inspecciones técnicas de edificios, empresas certificadoras en materia de medio ambiente, etc.). Todos estos supuestos tienen como denominador común el ejercicio de una cierta potestad pública que incluso puede

llegar en algún caso —como en el de las inspecciones de vehículos y embarcaciones de recreo— a fenómenos próximos a la «coacción directa», que por principio corresponde sólo a la Administración y que, sin embargo, de hecho queda en manos de particulares. Pero a este «trasvase» de funciones de la Administración a los privados no se le ha opuesto el contrapeso de un sistema claro de garantías a favor de los terceros afectados por dicha actividad de limitación.

La autora aboga aquí también por una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la LAP. Se trata con ello de facilitar los mecanismos necesarios para asegurar que la actividad de todas estas entidades se desarrolle con garantías jurídicas para los terceros y con el mismo grado de eficacia sobre el cumplimiento del interés público en juego. Y ello porque las soluciones ensayadas por la legislación sectorial hasta el momento son deficientes. En algunos casos el régimen de reclamación del particular afectado por la decisión de la entidad colaboradora es inexistente. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones de las entidades colaboradoras ambientales de la Administración hidráulica. Repárese que, ante el silencio de la norma, el particular afectado se enfrenta formalmente no a un acto de la Administración, sino a un acto de otro sujeto privado. ¿Cuál será la jurisdicción competente para conocer del asunto? ¿Habrá de agotarse antes la vía administrativa? ¿Y en qué plazos y ante qué órgano? En otros casos (por ejemplo, inspección de barcos de recreo) las normas contemplan sólo la posibilidad de recurrir la decisión administrativa desfavorable como consecuencia del informe negativo de la entidad colaboradora. Pero no se pronuncian sobre la posibilidad de recurrir autónomamente dicho informe. Esta facultad sería indiscutible en el caso de que dicho informe procediera de un órgano administrativo. En tal caso, su carácter de acto de trámite cualificado no suscitaría ninguna duda al respecto. Por eso la autora no vacila en defender aquí una tesis atrevida, consistente en otorgar en todo caso dicho tratamiento a esos informes, aunque sean emitidos por entidades privadas.

VI. Donde el ordenamiento sí ha roto de manera más clara con la tendencia a

aplicar el Derecho privado a todas estas categorías de sujetos es en materia de contratación. Reforzado con la nueva Ley de Contratos del Sector Público, empieza a ser ya clásico el sometimiento de las sociedades públicas cuya actividad no es industrial o mercantil a procedimientos claramente administrativos, como es el de licitación. Pese a que —según sostiene la autora— la nueva Ley no termina de satisfacer plenamente las exigencias del Derecho comunitario, se abre así una profunda brecha en la arraigada afirmación de que estos sujetos de Derecho privado someten su actuación únicamente al Derecho privado, debiendo —por el contrario— aplicar las mismas garantías que aplican los sujetos de Derecho público. Similar trato han comenzado a recibir las fundaciones de la Administración.

Lo mismo debe predicarse en relación con las empresas privadas sujetas a la legislación sobre contratación pública. Bajo esta categoría se engloban tanto las empresas adjudicatarias de ciertos contratos subvencionados de obras de ingeniería civil o de servicios vinculados al anterior, como las empresas privadas concesionarias de obras públicas (cuando pretenden subcontratar por encima de determinada cuantía) y las empresas operadoras en los llamados «sectores excluidos» (actualmente agua, energía, transportes y servicios postales). La finalidad es que la adjudicación de un contrato que se financia con dinero público o que reviste un interés general se realice con unas mínimas garantías, con independencia de que el sujeto adjudicador sea público o privado. El Derecho de la contratación aplicable a alguno de estos supuestos presenta, sin embargo, alguna deficiencia en las garantías aplicables al adjudicatario. Es lo que sucede, sobre todo, en relación con las empresas privadas concesionarias de obras públicas que, cuando pretenden subcontratar por encima de determinada cuantía, quedan sujetas a determinadas reglas, como las de publicidad. El problema está en que la Ley no las somete al recurso especial en materia de contratación previsto en su artículo 37.

VII. Finalmente, se aborda la posible aplicación del Derecho administrativo a los casos de responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir estos diferentes sujetos. Los

más problemáticos son los representados por las fundaciones del sector público —a las que frecuentemente se les confía la prestación de servicios públicos—, los contratistas y concesionarios en supuestos de gestión indirecta de servicios públicos y las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas.

Por lo que se refiere a las fundaciones de la Administración que prestan servicios públicos, se propone una solución análoga a la propugnada para las sociedades mercantiles, de modo que si causan daños ejerciendo competencias o funciones de la Administración matriz, dicha responsabilidad debe ser exigida de conformidad con lo establecido en los artículos 139 y ss. LAP.

En cuanto a los concesionarios y contratistas, la LCSP parece admitir —dada la redacción confusa que utiliza y los antecedentes normativos con que cuenta— la posibilidad de que se reclame según el Derecho administrativo sólo cuando el daño sea imputable a una orden de la Administración, debiendo sustanciarse en los demás casos ante la jurisdicción civil y conforme al Derecho privado. Sin embargo, en la línea abierta ya por un sector de la doctrina —Manuel REBOLLO PUIG, «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)», *Poder Judicial*, núm. 20, 1990—, y con fundamento en los principios de igualdad y seguridad jurídica, la autora aboga por tratar todos los supuestos del mismo modo: responsabilidad de régimen administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello se apoya, además, en diversos dictámenes del Consejo de Estado y sentencias recientes del TS.

La cuestión es algo diferente en el caso de las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas. En principio, las diversas normas sectoriales precisan que la responsabilidad generada por la actividad de estas entidades corre de cuenta de éstas, responsabilidad que, además, parece ser de Derecho privado. En opinión de la autora, dichas disposiciones no son un obstáculo para abrir paso a la responsabilidad de régimen administrativo en dos importantes supuestos. En primer lugar, a la Administración siempre se le puede exigir

responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*, por cuanto que es ella la que autoriza, acredita o reconoce a sus agentes colaboradores, y sobre los que conserva numerosas potestades de vigilancia y control. En segundo lugar, si el daño provocado por la entidad colaboradora se ha producido con ocasión del ejercicio de funciones auténticamente públicas, el régimen de la responsabilidad debe ser administrativo y abrirse paso, además, a la responsabilidad subsidiaria de la Administración.

VIII. En definitiva, estamos ante una importante reflexión acerca de la expansión conceptual que el Derecho administrativo está experimentando a consecuencia, paradójicamente, del repliegue efectuado por la Administración de muchos sectores en los últimos años. En efecto, la retirada de la Administración está suponiendo que el Derecho que se le aplicaba a aquélla en los sectores en los que estaba presente, ahora tiende a aplicarse a los sujetos privados que han ocupado su lugar. Y ello, no se olvide, con el objetivo de trasladar a estos ámbitos las garantías que debe llevar aparejada cualquier actuación que implique el ejercicio de funciones públicas. Es posible que el estado actual de la cuestión no permita aún definir sin más el Derecho administrativo como el *Derecho de las Administraciones públicas y, secundariamente, el de ciertos sujetos privados cuando éstos hacen sus veces*. Pero que ello tenga que ser así algún día deberá mucho a trabajos rigurosos como el que hemos tenido ocasión de reseñar.

Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS  
Universidad de Córdoba

FUERTES LÓPEZ, Mercedes: *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 238 págs.

En tiempos de ajustes económicos, de quiebras y suspensiones de pagos en multinacionales y pequeñas empresas, de tensiones entre los movimientos liberalizadores y privatizadores, la catedrática Mercedes FUERTES advierte en su monografía *Grupos*