

Trabajo Fin de Máster

El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración: Fundamentos y mecanismos de articulación

The exercise of public functions by private entities collaborating with the Administration: Fundamentals and articulation mechanisms

Autor

Francisco Alfonso Lagos Yanes

Director

Prof. Javier Esteban Ríos

Máster en Derecho de la Administración Pública

Facultad de Derecho

2021

Índice de abreviaturas

EPCA:	Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración
INDECOPI:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual
ITV:	Inspección Técnica de Vehículos
LCSP:	Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público
LPAC:	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAG:	Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
LRJAP:	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP:	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
MML:	Municipalidad Metropolitana de Lima
MTC:	Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú

ÍNDICE

- I. Introducción (**pág. 4**)
- II. Capítulo Primero: Fundamentos teóricos vinculados a la participación de los privados en las funciones de la Administración (**pág. 6**)
 - 2.1. Justificaciones en virtud de la técnica, la eficacia y el riesgo de las actividades (**pág. 6**)
 - 2.2. Sobre las funciones públicas (**pág. 12**)
 - 2.3. Funciones públicas y servicios públicos (**pág. 23**)
- III. Capítulo Segundo: Sobre los mecanismos jurídicos aplicables para el traslado de funciones públicas a los particulares (**pág. 29**)
 - 3.1. Sobre la autorización administrativa (**pág. 30**)
 - 3.1.1. Aplicación al caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (**pág. 33**)
 - 3.2. Sobre la concesión administrativa (**pág. 38**)
 - 3.2.1. Breves referencias a la concesión de función pública (**pág. 41**)
 - 3.2.2. Ejemplo práctico: sobre la concesión de centros penitenciarios (**pág. 43**)
 - 3.3. Sobre la delegación administrativa (**pág. 47**)
 - 3.4. Sobre la encomienda (o encargo) de gestión y el encargo a medios propios personificados (**pág. 58**)
 - 3.5. Sobre la acreditación administrativa (**pág. 71**)
- IV. Conclusiones (**pág. 78**)
- V. Bibliografía (**pág. 82**)

I. INTRODUCCIÓN

Como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, el tema de la participación de los particulares en la vida administrativa es rigurosamente contemporáneo, toda vez que en el siglo XIX el enunciado ni siquiera habría sido comprendido. *La Administración era un atributo personal del Príncipe y como tal estaba rigurosamente “separada” de la sociedad cuyo gobierno tiene por misión*¹.

En efecto, hoy en día la participación de los privados en las funciones y actividades de la Administración viene siendo cada vez más común conforme van modernizándose las sociedades y se van especializando aún más las actividades de interés común de la población. Esta participación, que empieza a través de ciertos vestigios de cooperación sobre asuntos generales y ambiguos, como son los ejemplos de audiencias públicas, o participación en ciertas decisiones de las autoridades que incidan directamente en los intereses de los ciudadanos, ha ido calando cada vez más en diferentes y específicos sectores de correspondencia de los poderes públicos.

La inclusión de la participación o colaboración de los particulares en materias y proyectos económicos de alto impacto en la sociedad es un clásico ejemplo de ello, al punto de que hoy en día la regla general sea que los privados se constituyan como protagonistas y principales impulsores de estas actividades (tales como servicios públicos o ejecución de obras, entre otras tareas de interés público).

Esta corriente de participación privada en las actividades de la Administración, no obstante, dejó de limitarse al ámbito económico desde hace ya varias décadas, siendo posible hoy en día encontrar formas de participación de los particulares en las mismas funciones del Estado, funciones que, en principio, son exclusivas de las entidades públicas, tales como la supervisión ambiental y energética, la revisión de calidad de productos industriales por temas de seguridad, e incluso la gestión de recintos penitenciarios.

Las causas son, prácticamente, las mismas que motivaron a la inicial colaboración privada en los proyectos económicos. Las funciones públicas de la Administración, tareas que involucran el ejercicio de autoridad o auténticas potestades públicas, cada vez más

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989). “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: GÓMEZ-FERRER, R. (Coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Editorial Civitas, pág. 437.

requieren, al igual que los servicios públicos, de un actuar especializado, técnico y experto. Las Administraciones muchas veces carecen de estos elementos, y por ello surge la necesidad de que, en aras de una adecuada ejecución de sus funciones, se valgan de la cooperación de empresas privadas especializadas. A esta fórmula se le conoce, doctrinalmente, como el “ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”.

No obstante, y pese a los interesantes aportes académicos que existen en torno a esta figura, principalmente provenientes de la doctrina española, el marco legal peruano (al cual se corresponde el autor) no ha seguido la misma línea de profundización. Y ello se corresponde en un evidente vacío normativo que regule adecuadamente este tipo de formas de colaboración.

En consecuencia, el presente trabajo se desarrolla en torno al análisis de esta forma de colaboración de los privados en las actividades de la Administración, análisis que abarca no sólo una explicación de los motivos que fundamentan esta fórmula participativa, sino también en el contenido esencial de este mecanismo y los medios a través de los cuales se concreta en el plano legal y práctico, entre otras consideraciones; todo ello a partir de un estudio comparado en el que nos remitiremos constantemente a la doctrina y normativa de España, fuente principal de esta materia objeto de estudio.

II. CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS VINCULADOS A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

2.1. JUSTIFICACIONES EN VIRTUD DE LA TÉCNICA, LA EFICACIA Y EL RIESGO DE LAS ACTIVIDADES

Desde hace ya algunas décadas, la Administración Pública viene recurriendo a la colaboración de los privados para el ejercicio y cumplimiento de determinadas funciones de su competencia, es decir, de actividades de índole y naturaleza pública. Esta situación, creemos, viene potenciada y ha ido en constante aumento como consecuencia de la progresiva industrialización y especialización de las actividades de interés público, lo cual ha ameritado la inclusión de agentes especializados para la mejor consecución de estas tareas (bajo una lógica similar a la prestación de servicios públicos por parte de empresas privadas).

En este sentido, consideramos que, con el fin de buscar una mejor atención y tutela del interés público, las Administraciones fueron progresivamente adentrándose hacia una mayor participación y actuación conjunta con el sector privado, lo cual (creemos a partir de la doctrina revisada) estaría directamente vinculado a elementos tales como la técnica, la eficacia y el riesgo.

La técnica, entendida como el conjunto de procedimientos o recursos utilizados en las ciencias, artes u otras actividades específicas², ha venido siendo considerada como un elemento muchas veces distante de las Administraciones públicas de cara al desarrollo de ciertas actividades característicamente complejas (generalmente vinculadas a actividades industriales, pero también a actividades de orden público).

En efecto, según indica el profesor ESTEVE PARDO³, la capacidad de conocimiento de las Administraciones públicas a través de sus medios personales y materiales se ha visto ampliamente superada por la técnica y los riesgos que ésta genera⁴, frente a lo cual se han esbozado principalmente dos alternativas o directrices de acción:

² Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23º ed. Consultado en <http://dle.rae.es/?id=ZlkyMDs>

³ ESTEVE PARDO, José (1999). *Técnica, Riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 23.

⁴ *Ibidem*, pág. 24.

- La primera, pasaría por el *rearme tecnológico de los poderes públicos, lo cual exigiría una afinada colaboración y coordinación de la Administraciones, en donde las mejor dotadas cubran las limitaciones de las inferiores*⁵. No obstante, estas relaciones interadministrativas no siempre están desarrolladas con la fluidez y operatividad necesarias para ser eficaces en el total de los posibles casos, toda vez que la exigencia técnica termina sobrepasando, en muchas ocasiones, las capacidades operacionales de las Administraciones y entidades públicas en general.
- La segunda vía, por su parte, implicaría el traslado a particulares de buena parte de las funciones de la Administración cuando involucren aspectos vinculados a la técnica, el riesgo y la demanda de mayor eficacia por la especialización⁶, la cual es un elemento fundamental que está presente en todas las manifestaciones del traslado de los poderes públicos a manos privadas. Ese saber especializado, concentrado en la sociedad civil, sería la causa última de la intersección entre Administración y administrados, y de la nueva correlación entre Derecho público y Derecho privado⁷.

Sobre la base de lo dicho, podemos ver que el incremento en la complejidad de las actividades que realizan los Estados industrializados y modernos, ha supuesto a su vez que dichas funciones, en aras de un mejor y eficiente ejercicio⁸, pasen en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones públicas⁹. Para con ello, a su vez, recolectar la información y conocimiento pertinentes que permitan elaborar mejores instrumentos normativos de control. Se genera así una correlación entre técnica y eficacia, en la que la especialización conlleva a una mejor prestación¹⁰.

Sobre esto último, SCHMIDT-ASSMANN ha señalado que:

⁵ *Ibíd.*, pág. 24.

⁶ *Ibíd.*, pág. 24.

⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors (2003). *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares, pág. 83.

⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares, pág. 510.

⁹ ESTEVE PARDO, José. *Op.Cit.*, pág. 24.

¹⁰ Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse, como bien advierte Fernández Ramos, que el principio de eficacia al que se aspira en virtud de estas nuevas formas de colaboración no debe reducirse al objetivo economicista de eficiencia, en el sentido de optimización de los recursos disponibles, sino que por encima de la idea de eficiencia la Administración debe garantizar, en todo momento, los intereses públicos que tiene encomendados. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Op.Cit.*, pág. 512.

“La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo.”¹¹”

Un caso muy común es el de la actividad de control de riesgos industriales en la utilización de fuentes energéticas, y en general en la seguridad industrial en el trabajo, la cual amerita una regulación normativa de carácter primariamente técnico que escapa de las capacidades regulatorias de las Administraciones Públicas; o el de las inspecciones técnicas de vehículos (ejemplo que será abordado continuamente en este trabajo); actividades que, en suma, están vinculadas a la función de inspección y fiscalización de la Administración¹².

Como bien señala GALÁN GALÁN, *las razones que explican este creciente fenómeno de participación cooperativa se resumen, principalmente, en la falta de medios de la administración (tanto personales como materiales), la falta de conocimientos técnicos, y la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión*¹³. En este sentido, elementos como la técnica y la eficacia impulsan la existencia de formas de colaboración entre lo público y lo privado, las cuales se fundamentan principalmente en la necesidad de los Estados de garantizar la correcta realización de las actividades complejas, y de contar con políticas públicas e instrumentos normativos idóneos que sean coherentes con el avance de la ciencia y tecnología.

En la línea de estas premisas, resulta de suma utilidad respaldarnos en los comentarios del profesor GIMENO FELIU, quien resaltó (si bien refiriéndose al esquema de los servicios públicos) la importancia de la “buena administración” como criterio fundamental en la decisión de las Administraciones Públicas de acudir al sector privado

¹¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública / Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, pág. 39.

¹² Estas actividades, dice Fernández Ramos, están constituidas por reglamentaciones de contenido predominantemente técnico y, en gran medida, consensuadas por el propio sector privado, lo cual hace difícil su desempeño por parte de la Administración. Ello en la medida en que dichas actividades no se limitan a un simple reconocimiento ocular o meras mediciones, sino que implican el ejercicio de tareas técnicas de comprobación o examen con arreglo a determinados métodos que, a su vez, suponen la incorporación de equipos de cierta entidad o el manejo de tecnologías y métodos de evaluación de riesgos cada vez más sofisticados. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., págs. 511-512.

¹³ GALÁN GALÁN, Alfredo (2009). “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. *Anuario de Derecho Municipal*. N° 2, pág. 66.

para el ejercicio de actividades propias de aquella. En efecto, señala el autor: “(...) en la decisión de conceder la gestión de un servicio y la manera de hacerlo, debe estar presente la “buena Administración”, la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio”¹⁴.

Ahora bien, a partir de esta complejidad de técnicas, aparecen determinados efectos directos y no deseados del avance científico y tecnológico, o, en otras palabras, se generan “riesgos” que merecen ser debidamente abordados por la Administración responsable y garante de la seguridad de los ciudadanos, pese a sus evidentes limitaciones materiales.

Es así que, frente a estos “riesgos” producto de la complejidad técnica, aparecen nuevas formas y concepciones de intervención pública que rebasan las tradicionales formas policiales de intervención administrativa en la actividad económica y productiva¹⁵, y que se enfocan ya no en un actuar directo de la Administración, sino más bien en una conducta garantista que se vale de otras fuentes de mayor especialización. Como bien señala ESTEVE PARDO, *las normas jurídicas se ven con frecuencia desbordadas por el desarrollo tecnológico, mostrándose así incapaces de fijar la frontera entre el riesgo permitido y el que no resulta admisible*¹⁶. Cuando la técnica empieza a generar riesgos para los ciudadanos, la sociedad misma reclama la atención del Derecho mediante la intervención normativa, de modo tal que el riesgo termina incidiendo con intensidad en la configuración del sistema jurídico de los Estados¹⁷.

De esta manera, el control que la Administración ejerce sobre la técnica existente en las diferentes actividades (industriales, ambientales, o de otro tipo) es básicamente un control sobre los riesgos que éstas podrían eventualmente generar¹⁸, siendo la seguridad el concepto legitimador de la intervención administrativa en todas las materias involucradas con dicho elemento.

¹⁴ GIMENO FELIU, José María; SALA SÁNCHEZ, Pascual y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2017). *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada: fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, pág. 26.

¹⁵ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2016). “Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental”. *Revista de Fomento Social*. N° 281, pág. 249.

¹⁶ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pág. 27.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 27.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 28.

Como bien señala GIMENO FELIU:

“(…) en este siglo XXI, se constata la consolidación de un modelo de “liberalización” de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva “desregulación” o “desreglamentación” de actividades que hasta entonces se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, por mor de la satisfacción del interés público, hacia un modelo de “re-regulación” o “neoregulación”, en virtud del cual la “Administración Económica” se ha adaptado a las nuevas circunstancias, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y la dirección de una política económica concreta: se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del derecho administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativo”.¹⁹

En consecuencia, algunas de las formas a través de las cuales las Administraciones Públicas han venido poniéndose a la par de los constantes avances de la técnica y de la industria (y con ello, mitigando también los riesgos que ello podría eventualmente generar); se sustentan básicamente en dos líneas debidamente marcadas:

- i) Por un lado, los riesgos generados por un avance de la técnica en determinadas actividades privadas han visto su contrapeso mediante los sistemas de regulación pública de la autorregulación (o autorregulación regulada); y,
- ii) Por el otro, a través de traslados de determinadas funciones públicas a la esfera de ejercicio privada (lo que conocemos como el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración, o “EPCA”, para hacerlo más breve); tal como se verá a continuación.

Ambas constituyen dos formas contemporáneamente novedosas (mas no recientes) a través de las cuales la Administración se vincula con los particulares para la atención y tutela de actividades de interés público. Al respecto, mediante la regulación pública de la autorregulación (o autorregulación regulada), se pretenden instrumentalizar los mecanismos de autorregulación (usarlos) para enfocarlos y conducirlos hacia la atención y satisfacción de intereses públicos perseguidos por el Estado, ante la evidente presencia de desperfectos y riesgos generados cuando únicamente nos respaldamos en la

¹⁹ GIMENO FELIU, José María (2017). “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”. *Cuadernos de Derecho Local*. N° 43, págs. 42-43.

autorregulación sin más. Con ello, la autorregulación regulada no deja de ser una nueva técnica de regulación²⁰, pues mediante ésta se persigue corresponsabilizar a la sociedad en la minimización de los riesgos por ella generados, con el objeto de facilitar la función de garante que tiene atribuida el Estado.

Ahora, si bien la autorregulación regulada implica una intervención administrativa, su origen es naturalmente privado, porque los sistemas de auto-organización, autocontrol, auto-reglamentación, etc., son diseñados por los mismos actores privados; lo cual resulta un criterio indispensable al momento de diferenciar dicho mecanismo con la fórmula de colaboración aquí estudiada (sobre ejercicio privado de funciones públicas en colaboración con la Administración). Así, como menciona ESTEVE PARDO, *se ha llegado a considerar erróneamente que la figura del ejercicio de funciones públicas por privados es una manifestación de autorregulación, en la medida en que los miembros de la entidad privada se autorregulan al decidir –desde órganos representativos- sobre sus propios intereses y según sus propios criterios*²¹.

En los casos de ejercicio de funciones públicas por privados (o entidades privadas colaboradoras de la Administración - EPCA), efectivamente, existe un componente privado protagónico, y es por ello que se genera la confusión con los mecanismos de autorregulación. No obstante, es de reparar que, en el primer caso, lo que está en la órbita privada (en manos de los sujetos privados) es el ejercicio de una función cuya titularidad permanece en la órbita pública²², a diferencia de lo que sucede en el caso de la autorregulación, en el que toda la operación principal es por cuenta y origen de los privados, para su propios intereses y resultados, lo que determina su presupuesto subjetivamente privado (sin perjuicio de que a su vez haya intereses públicos involucrados).

Como podemos ver, la doctrina reconoce hasta dos formas en las que se manifiestan las nuevas formas de actividad administrativa frente al incremento de la técnica, los riesgos, y la necesidad de mayor eficacia; de modo tal que a continuación podremos proceder a revisar e investigar acerca de una de estas específicas formas de colaboración, que es precisamente la del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras

²⁰ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2005). *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Madrid: Editorial Marcial Pons, págs. 25 y 376.

²¹ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pág. 104.

²² *Ibidem*, pág. 106.

de la Administración (EPCA), a la cual consideramos como una auténtica figura del Derecho administrativo y, como se verá, con naturaleza jurídica propia.

2.2. SOBRE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Ahora bien, con el fin de poder ingresar en un análisis suficientemente elaborado de esta fórmula de colaboración, resulta necesario, primero, definir la naturaleza jurídica de las funciones que serían ejercidas en virtud de este mecanismo.

Las funciones públicas que, como consecuencia de esta fórmula de colaboración, serían trasladadas a la esfera de ejercicio de entidades privadas, tienen un carácter público evidente, aspecto que justifica su original y, hasta entonces, exclusiva atención por parte de los organismos públicos correspondientes. Esas funciones públicas, se diría, son funciones reservadas al Estado como parte del núcleo duro e irreductible de su autoridad, y por ello, irrenunciables e indisponibles. Pero dicho enunciado, como bien hace notar la profesora CANALS I AMETLLER²³, tiende a ser en exceso difuso y ambiguo, toda vez que involucra una serie de locuciones que se confunden y entremezclan.

Así, las locuciones “funciones públicas” y “autoridad inherente a los poderes públicos” se terminan utilizando habitualmente por el Derecho administrativo junto a otras expresiones conexas, como “potestades públicas”, “funciones soberanas”, “ejercicio de autoridad”, “autoridad pública” o “ejercicio de la soberanía”. Sin embargo, pese a su uso frecuente, no existirían definiciones unívocas o exactas de estos enunciados, toda vez que los mismos expresan conceptos imprecisos *cuyo alcance se intuye, pero no se concreta normativamente*²⁴. Todos estos enunciados, ejercicio de “soberanía”, “autoridad”, “potestades”, entre otros, son abiertamente difusos y controvertidos, y dicha confusión termina en cierta manera siendo contraproducente a la finalidad de delimitar el contenido de esta fórmula de colaboración.

El ejercicio de funciones públicas por Entidades privadas colaboradoras de la Administración, hace referencia a una serie de funciones del Estado que serán realizadas por los privados, funciones las cuales –y como se verá más adelante- no constituyen actividades propias de la esfera de los particulares, sino que se corresponden a un ámbito exclusivo de las tareas del Estado.

²³ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit, pág. 195.

²⁴ Íbidem, pág. 195.

En efecto, creemos que para comprender cabalmente la figura que es objeto de estudio en el presente trabajo (el EPCA), es necesario primero entender qué implica exactamente ese “ejercicio de funciones públicas”. De lo contrario estaríamos admitiendo la posibilidad de que sujetos privados realicen actuaciones de vaga precisión y ambiguo alcance, situación abiertamente contraproducente a efectos de tener un mecanismo claro y transparente.

Sobre el particular, somos de la opinión de que las funciones públicas implican un actuar administrativo (propio de los organismos o autoridades administrativas) destinado a la administración sectorial de la sociedad, que son ejercidas en virtud de una competencia legalmente atribuida, para la satisfacción de un interés público de la colectividad, y que implica el despliegue de elementos derivados de la soberanía propia del Estado.

Dicho despliegue de elementos de soberanía abarca, precisamente, las nociones que hemos venido vertiendo anteriormente. En efecto, los poderes públicos, los organismos, órganos, entidades o autoridades públicas actúan, a nuestro entender, a través de dos formas concretas: i) aprobando, prohibiendo, y en general mediante cualquier otra forma vinculada a la facultad de decisión, ejerciendo con ello una autoridad; y, ii) realizando o materializando una norma o decisión, para lo cual se entiende un desplazamiento de actuaciones conducentes a modificar, crear, o extinguir situaciones concretas previamente decididas, o fomentando políticas públicas.

La primera de estas formas de actuación, esto es, el ejercicio de autoridad, tendría, como indica GARCÍA PELAYO, una remisión etimológica directa en la noción romana de *auctoritas*, mientras que, por su parte, la segunda forma de actuación tendría su remisión en la noción de *potestas*. En efecto, señala el autor, desde el punto de vista jurídico-público, tenía *auctoritas* todo aquel que fundamentaba una decisión o la perfeccionaba jurídicamente por su ratificación, sin formular necesariamente por sí mismo el contenido y sentido (finalidad) de la decisión adoptada, y sin realizar por sí solo los actos necesarios para su ejecución²⁵.

Esta última acción le correspondía, precisamente, a la *potestas*. Esto es, la formulación del contenido de las decisiones y la realización de los actos conducentes a la ejecución de las mismas era una acción propia de quien ostentaba la *potestas*, que no es otra cosa que

²⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel (1991). *Obras Completas*. Vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 1860.

el poder de mando particularizado, es decir, el poder relativo a una magistratura determinada²⁶.

Ahora bien, en nuestra opinión, muchas de estas funciones y actuaciones derivadas de la soberanía estatal se alejan de ese ámbito fuerte de poderío público para acercarse más hacia la periferia de la actividad de los individuos no estatales. Esas actuaciones y funciones, que tienen un primer origen en la noción de soberanía que hemos venido utilizando, van entremezclándose con las legítimas formas de actividad privada.

Así, en el desarrollo de la actividad del Estado, y en específico, de la Administración Pública, habrá funciones que se relacionan directamente con la autoridad, poderes o potestades de soberanía estatal, que forman parte del núcleo duro e irreductible, indelegables en lo absoluto, y que son justificación de su existencia. Habrá también funciones derivadas de la soberanía que, en función al contexto, podrían ser trasladadas para la obtención de mejores resultados en el plano práctico. Asimismo, habrá funciones que, si bien son ejercidas por el Estado y la Administración, no conllevan ningún componente de soberanía, de potestad o de autoridad. Y habrá también funciones más cercanas a actividades prestacionales que limitan y se mezclan con las efectivas actividades de los particulares en ejercicio de sus libertades.

Si bien es común que en el lenguaje cotidiano y en las diferentes expresiones del día a día se haga referencia a la “función o funciones públicas” para denotar los supuestos de actuación de cualquier funcionario o entidad del Estado (sea del legislativo, judicial, etc.), en el presente trabajo nos apoyamos en un concepto de función pública estrictamente vinculada a la función administrativa desplegada por la Administración Pública desde la óptica del Derecho Administrativo.

Al respecto, la función administrativa es la que, en principio, ejerce el Poder Ejecutivo, y en concreto, la Administración Pública. Dicha función es un concepto genérico que engloba una serie de actuaciones provenientes de los entes de la Administración, que pueden ser jurídicos o materiales, y de alto o menor impacto o relevancia.

De lo que hemos podido revisar, el ordenamiento jurídico español -en su plano constitucional y legal- no habría definido lo que es precisamente la función administrativa. La referencia más cercana a este concepto la encontramos, a nivel

²⁶ *Ibidem*, pág. 1863.

constitucional, en el artículo 97 de la Constitución Española, el cual establece que *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”*. No obstante, esta referencia a la función ejecutiva no llega, a nuestro entender, a calzar con la idea y contenido específico de la función administrativa, toda vez que dicho concepto abarcaría también –según determinada doctrina- a las funciones gubernativas o políticas.

En el caso del ordenamiento peruano, sucede algo similar, toda vez que la Constitución Peruana de 1993 no hace referencia expresa a la función administrativa, ni tampoco al concepto de Administración pública. La única mención, aunque imprecisa, es la del artículo 118, que enumera las funciones del Presidente de la República, entre las cuales se encuentra la de *“ejercer las demás funciones de gobierno y administración”*. Es decir, se reconoce que dentro de la estructura del Poder Ejecutivo existirá, de manera general, un mandato constitucional para el ejercicio de funciones tanto gubernativas como administrativas.

A nivel de la normativa legal, el ordenamiento español contempla también determinadas referencias orientativas que nos aproximan un poco hacia el contenido de este tipo de funciones. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) señala que dicha ley tiene por objeto *“regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”*.

En igual sentido, se tiene una aproximación similar a partir de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en virtud del cual se establece que dicha ley tiene como objeto *“regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades”*.

De forma más específica y quizá también precisa, el artículo 20 numeral 1 de la LRJSP parecería vincular (sin ser limitativo) el alcance de la función administrativa a determinadas actividades de autoridad y fiscalización, en tanto se señala que “*Son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control (...)*”.

Por su parte, en el caso del marco legal peruano, se identifican también breves referencias al posible contenido de la función administrativa, aunque igualmente de forma bastante genérica. Así, por ejemplo, el TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) hace mención a la función administrativa sin definir su contenido en el artículo II del Título Preliminar:

“Artículo II.- Contenido

- 1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.*
- 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.*
- 3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”*

Si nos limitamos a esta primera idea, plasmada en la legislación, podemos entender que la función administrativa es la que realiza efectivamente la Administración pública, y con ello, la función administrativa sería prácticamente ejercida por la totalidad de las entidades conformantes de la estructura del Estado. Siendo esto así, sería casi imposible dar una opinión acerca del contenido de esta función, pues su carácter tan permeable dificulta la apreciación de un contenido concreto que la pueda delimitar en relación a las otras funciones estatales. Sobre la base de ello, la definición de la categoría de función administrativa, tan utilizada y trascendente en la disciplina del derecho público, ha tenido que ser desarrollada con mejor precisión por parte de la doctrina, la cual nos es de suma utilidad para darnos una idea concisa del contenido real de esta institución.

Generalmente se tiende a definir a la función administrativa desde una noción *negativa*, es decir, como la actividad que resta luego de definir a la función legislativa y a la jurisdiccional²⁷. Así, algunos autores señalan que la función administrativa es definida por exclusión, siendo ésta aquella función que, tutelando intereses públicos, no crea ni garantiza derechos, ya que estos últimos cometidos estarían entregados al Parlamento y a los tribunales de justicia²⁸.

De la misma manera, también se ha vinculado la función administrativa, desde un criterio *orgánico*, como una actividad ejercida exclusivamente por el poder ejecutivo, bajo una idea estricta y reducida de la Administración Pública. Por ejemplo, BREWER-CARÍAS señala que *la función administrativa es la “función propia” del Poder Ejecutivo y electoral, aunque no llega a ser privativa y exclusiva de éstos*²⁹. Por su parte, MARTÍN MATEO, para quien la Administración, como conjunto orgánico, está integrada por el poder ejecutivo, hace referencia a una necesaria vinculación entre la actividad o función administrativa y los órganos o entidades del ejecutivo³⁰.

En efecto, coincidimos en que la función administrativa es realizada por el poder ejecutivo, no de manera exclusiva, sino más bien protagónica. La función administrativa no está localizada en un órgano único, toda vez que los ámbitos legislativo y judicial también ejercen función administrativa, aunque de manera mucho más limitada y enfocada principalmente en la atención de sus asuntos internos, es decir, utilizando la función administrativa como soporte y apoyo de sus funciones principales (lo que se conoce como actos de administración interna).

La función administrativa es efectivamente realizada por la Administración Pública, y ésta última, como ya hemos mencionado anteriormente, no se limita al poder ejecutivo, sino que constituye un criterio orgánico amplio que se extiende en toda la estructura del Estado, es decir, a todos los órganos o entidades estatales, siempre y cuando se trate, precisamente, de un órgano que en determinado supuesto realice una actividad de

²⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, pág. 45.

²⁸ ROJAS CALDERÓN, Christian (2007). “Ejercicio de funciones públicas por particulares: el caso de las juntas de vigilancia”. *VV.AA. 2007, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Lexis Nexis, pág. 01.

²⁹ BREWER-CARÍAS, Allan (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 84.

³⁰ MARTÍN MATEO, Ramón (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. 24 ed. Navarra: Editorial Aranzadi, pág. 39.

naturaleza administrativa. Así, atendiendo a esta premisa, tenemos que para SCHMIDT-ASSMANN, las funciones administrativas son aquellas funciones de los poderes públicos que son confiadas a las Administraciones públicas para su cumplimiento mediante instrumentos administrativos³¹.

De otro lado, desde un criterio *material* del contenido de las funciones administrativas, podemos advertir, en la línea de SAYAGUÉS LASO, que el contenido objetivo de la función administrativa versa sobre declaraciones de voluntad y hechos, siendo que, a diferencia de las otras funciones, la administrativa tiende *a concretar en hechos* la actividad estatal, de lo que se desprende que su objeto estaría enfocado en la realización de los cometidos estatales en cuanto requieran ejecución práctica³². Así, en el plano material, lo esencial en la función administrativa es esa finalidad de llevar concretamente a los hechos los cometidos estatales que requieren una ejecución material.

El ejercicio de la función administrativa, de acuerdo a FERNÁNDEZ RUIZ, implicaría el *cumplimiento* del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del bien público, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden público³³. Finalmente, de acuerdo a BASTIDAS BÁRCENAS, se trataría de una actividad tendente a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y los mandatos de la ley: *es la tarea estatal dirigida a dar solución cotidiana a los variados problemas sociales e individuales de la comunidad*³⁴. Su manifestación es práctica, material, y de continua interacción con los administrados. La función administrativa tendría relación directa con los particulares en general, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública les afectan directamente (exceptuando los casos de los actos de administración interna).

En este sentido, desde el referido criterio *material*, la función administrativa es una actuación que se expresa de forma práctica (valga la redundancia, material) o jurídica, con el fin de plasmar en el plano de los hechos y de la realidad las mismas políticas

³¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., págs. 168-169.

³² SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., págs. 43-46.

³³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (2006). *Derecho Administrativo y Administración Pública*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, págs. 53-54.

³⁴ Lo cual, como indica el autor, no es nada fácil, toda vez que la actividad administrativa es de las tres funciones estatales, la más difícil de retratar: se mueve y tiene varias facetas. Es la que le confiere al Estado mayor legitimidad. La actividad administrativa es la cara que muestra el gobierno. En: BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo (2014). “La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos”. *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía – Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, N° 41, pág. 54.

públicas, la concreción de las normas y la puesta en marcha de la sociedad a través de actuaciones sectoriales. Es una aplicación material y/o jurídica, directa y concreta respecto a la conducción misma de la sociedad.

Como se puede apreciar, este entrelazamiento de definiciones en función de distintos criterios demuestra que no se puede identificar un criterio único que, de manera aislada y suficiente, puedan definir las funciones, de tal forma que, en cuanto al concepto de función administrativa, y ante la carencia de elementos definitorios propios y exclusivos, se deberá acudir a un criterio “*mixto*”³⁵, que combine los criterios antedichos (orgánico y material) para entender la naturaleza específica de dicha clase de función. La función administrativa es actuación material, jurídica, concreta y práctica, la cual no proviene de cualquier órgano o entidad, sino de los que efectivamente conforman la Administración Pública.

Sobre la base de lo último, podemos señalar que la función administrativa, desde una óptica general, es el conjunto de decisiones y operaciones prácticas, materiales y concretas ejercidas por los entes de la Administración Pública, mediante las cuales se procura, dentro de los lineamientos generales trazados por las políticas públicas, el estímulo, coordinación, u orientación del actuar de los administrados para asegurar la satisfacción regular de las necesidades colectivas. La función administrativa, en términos genéricos, y a nuestro entender, es un actuar material y/o jurídico ejercido por los entes de la Administración Pública, tendiente a concretar en el plano real las decisiones políticas y ejecución de las normas, con el fin de tutelar el interés colectivo de la sociedad.

En este sentido, las entidades o sujetos integrantes de la Administración pública (bajo un criterio orgánico amplio), que son los ejercientes de la función administrativa, se valen, como indicamos, de actuaciones materiales, jurídicas, prácticas y/o concretas, que inciden directamente sobre los administrados, y que traducen, en el plano de los hechos, las decisiones y políticas para la administración de la sociedad en conjunto y de los sectores conformantes de ésta. Ahora bien, debe señalarse también que, a nuestro entender, no todas las funciones administrativas atienden directamente a la consecución de un interés público concreto y debidamente identificado³⁶.

³⁵ GORDILLO, Agustín (2000). *Tratado de derecho administrativo*. 4º ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo Ibídem, 2000, pág. 12.

³⁶ Como se verá más adelante, dentro de la concepción de la función pública, en virtud de la doctrina que ha tratado el tema, se encuentran elementos constituyentes como la “directa atención de un interés público

Así, por ejemplo, encontramos por un lado funciones administrativas dirigidas a ejecutar labores de inspección y fiscalización en determinadas plantas industriales que manejan elementos peligrosos (en las que evidentemente encontraremos actuaciones vinculadas al ejercicio de autoridad cuando, por ejemplo, se decide aplicar una medida correctiva al administrado), y también encontramos funciones administrativas meramente instrumentales, de menor intensidad, y que pueden estar destinadas únicamente a la atención de requerimientos internos o finalidades menores de las entidades del Estado (los denominados actos de administración interna), como, por ejemplo, la compra de computadoras de una entidad pública, o el pago de la plantilla de trabajadores de una oficina administrativa.

En consecuencia, somos de la opinión de que, a partir de un criterio mixto, podemos entender a la función administrativa como toda actividad material y/o jurídica, práctica y concreta ejercida por los entes de la Administración Pública para la satisfacción del interés público.

Ahora bien, sobre la base de esta definición (derivada de las construcciones doctrinales antes revisadas), podemos identificar que, por un lado, nos encontraremos ante funciones administrativas que atienden a fines instrumentales de otras funciones principales, y que se expresan de forma transversal en toda la estructura del Estado (compartidas en virtud del *Principio del ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado*)³⁷. Y por otro lado, nos encontraremos también ante funciones administrativas principales, las cuales, a nuestro juicio, estarían destinadas a administrar la sociedad mediante actuaciones materiales³⁸ y/o decisorias, y se encontrarían directamente ligadas a los sectores que conforman la estructura ejecutiva del Estado y otros organismos públicos que de igual manera realizan actuaciones materiales y/o decisorias de forma principal.

Por lo tanto, de lo anteriormente dicho, podemos llegar a la conclusión de que la función administrativa, desde un criterio *mixto*, sería una actividad jurídica-decisoria, material y

concreto”, y “el ejercicio de potestades públicas o autoridad”. En este sentido, creemos que las funciones administrativas vendrían a ser el género de una serie de actuaciones y manifestaciones de la administración, de diferentes intensidades y relevancias, pero sólo cuando estas funciones administrativas se exteriorizan utilizando potestades públicas para la atención de un interés público concreto, estaremos ante las denominadas “funciones públicas” abordadas por la doctrina comparada.

³⁷ BREWER-CARÍAS, Allan (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 71.

³⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, pág. 168.

práctica, conformante de las funciones estatales, que es ejercida por la Administración Pública para atender intereses públicos y también intereses exclusivos de la administración.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta definición y alcance del concepto de función administrativa, podemos adentrarnos mejor al contenido de las específicas funciones que son objeto de traslado a los particulares en virtud del mecanismo de colaboración abordado en el presente trabajo (EPCA), denominadas como funciones públicas acorde a la doctrina comparada que hemos revisado.

Ya a mediados del siglo pasado, GUIDO ZANOBINI había constatado la necesidad de delimitar la noción de función pública respecto a otros conceptos (como el servicio público), de modo tal que para dicho autor, citado por GARRIDO FALLA³⁹, *la función pública resulta una forma superior de manifestación de la actividad administrativa, que representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida esta como una esfera de la capacidad jurídica y soberanía del Estado*. En definitiva, se trataría de actividades que representan una potestad propia del Estado⁴⁰, y que están destinadas a la directa satisfacción del interés público.

Por su parte, SCHMIDT-ASSMANN señala que, por “funciones públicas” cabe entender aquellos *cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general*, mediante la satisfacción de necesidades colectivas⁴¹. Asimismo, VILLEGAS BASAVILBASO indica que la función pública, como institución del derecho público, es una actividad que el ordenamiento jurídico –constitucional y legal- reserva a los órganos-institución y que se manifiesta por la voluntad de los órganos-individuos, actividad la cual implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo⁴². En este sentido, indica el autor que *la función pública se caracteriza por su competencia*, es decir, por el círculo de atribuciones que cada uno de los órganos institución puede o debe legalmente

³⁹ GARRIDO FALLA, Fernando (1994). “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*. N° 135, pág. 11.

⁴⁰ ZANOBINI, Guido (1958). *Curso de Derecho Administrativo, Tercera sección, Capítulo 1: Principios Generales del Ejercicio Privado*. Milán: Giuffrè Editore, pág. 385 y ss. En: ANDRÉS AUCEJO, Eva (2014). *La colaboración social en el procedimiento de recaudación tributaria italiana: el ejercicio privado de las funciones públicas de recaudación tributaria en Italia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, págs. 12-13.

⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Op.Cit.*, pág. 168.

⁴² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1951). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, págs. 228-229.

ejercitar; y sobre su contenido, señala que toda función pública requiere para su existencia *ser concretada en actos positivos que trasciendan la realidad jurídica*⁴³.

Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha señalado (si bien desde un enfoque del funcionario público) que las funciones públicas constituyen *actividades que son expresión del ejercicio de potestades públicas*⁴⁴. En la misma línea, GAMERO CASADO y SEVERIANO FERNÁNDEZ, aunque de igual manera enfocándose únicamente en la regulación del empleo público, hacen alusión a que los funcionarios realizan una actividad que implica la participación directa o indirecta de potestades públicas para la salvaguarda de los intereses generales del Estado⁴⁵.

Finalmente, a partir de una lectura de las descripciones realizadas por PAREJO ALFONSO acerca de las distinciones entre funciones públicas y actividades prestacionales, podemos advertir que dicho autor entiende, por función pública, a la *actividad imperativa integrada por el conjunto de tareas y cometidos administrativos (de contenido no económico o prestacional), que presuponen o implican necesariamente, en su cumplimiento, el ejercicio de autoridad, y que van desde las actividades más exclusivas y esenciales, hasta actividades de menos intensidad pero igualmente exentas de la libre iniciativa privada*⁴⁶.

De este modo, y a partir de estas definiciones adoptadas por la doctrina comparada sobre lo que constituye la función pública, podemos destacar los elementos que, a nuestro juicio, se encuentran presentes en su naturaleza jurídica, y que conforman los caracteres que necesariamente deberán estar presentes cuando pretendamos definir a cierta actividad estatal como una auténtica función pública dentro del marco genérico de las funciones administrativas. En nuestra opinión, estos son:

- 1) El carácter administrativo y principal de las actividades.
- 2) El interés público directo y concreto.
- 3) El ejercicio de potestades, poderes, prerrogativas públicas o autoridad.

⁴³ *Ibíd*em, pág. 229.

⁴⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1997). “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”. *Revista de Administración Pública*. N° 144, págs. 60-62.

⁴⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2014). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 11° ed. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 261.

⁴⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano (1992). *Manual de Derecho Administrativo*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel, pág. 409.

Estos tres elementos son los que, en nuestra opinión, deben estar presentes en toda actividad catalogada como función pública. Siempre que nos refiramos a una función pública deberemos, entonces, entender que es una actividad estatal de naturaleza administrativa que puede expresarse de forma jurídica y/o material, de titularidad y desempeño por parte de la Administración pública, ejercida para la satisfacción última de un interés público de la sociedad concreto y delimitado, y que se vale de la utilización de herramientas de poder público, como las potestades o el ejercicio de autoridad.

2.3. FUNCIONES PÚBLICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS

Ahora bien, consideramos importante señalar que el concepto de función pública o administrativa no debe ser tampoco confundido con la institución del servicio público. Muchas veces se ha hecho un uso indistinto de ambos conceptos, confundiéndose a los servicios públicos como una expresión de las funciones públicas del Estado, identificando de manera errónea las funciones del poder con la actividad prestacional de la Administración.

Desde un punto de vista amplio y multidisciplinario, el servicio público es ante todo una actividad económica, susceptible de ser ejercida para la generación de utilidades tanto empresariales como sociales. Como señala ALBI, el contenido económico del servicio público resulta indiscutible, pues éste satisface necesidades materiales y constituye riqueza para las personas⁴⁷.

Ya en el plano jurídico, se puede señalar que el servicio público es un régimen jurídico aplicable a una serie de actividades de naturaleza económica que, por su trascendencia y relevancia social, requieren ser prestados a los ciudadanos bajo ciertos parámetros normativos. Se trata de actividades que todos los ciudadanos requieren y tienen derecho a exigir, en ocasiones pagando una tarifa o precio, y sobre las cuales el Estado debe garantizar su efectiva prestación bajo criterios de calidad y eficiencia.

No basta con decir que son actividades de trascendencia social, sino que también tienen que tener un componente económico, que las permita ser susceptibles de aprovechamiento y explotación. De este modo, la categoría de “servicio público”, en el plano del Derecho público, está reservada para las actividades de naturaleza económica

⁴⁷ ALBI, Fernando (1960). *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Editorial Aguilar, pág. 119.

que hayan sido declaradas como tal mediante una ley formal (acción conocida tradicionalmente como la *publicatio*).

Teniendo en cuenta lo anterior, la categoría de “servicio público” es utilizada por el derecho público para hacer referencia a ciertas actividades económicas que, por el alto interés público que contienen, son aisladas del libre ejercicio por parte de los particulares. Es decir, se restringe la regla de la libre competencia para dichas actividades económicas, y se les aplica un régimen jurídico especial, el régimen jurídico de los servicios públicos, para garantizar bajo medios normativos (de regulación y fomento) su efectiva prestación a los ciudadanos.

En base a lo dicho, podemos concluir que la institución del servicio público haría referencia a una actividad económica de especial interés público, cuya titularidad recae en el Estado como principal garante de su prestación a los ciudadanos; ya sea de forma directa mediante sus propios medios (p.ej, a través de empresas públicas en sectores estratégicos como el agua y saneamiento); o de forma indirecta mediante su otorgamiento en concesión a una empresa prestadora de derecho privado.

Luego de describir la noción principal de la institución del servicio público, corresponde trazar su diferencia respecto al caso de las funciones públicas. Como dijimos, en la literatura administrativa y en la disciplina del derecho público en general se han venido confundiendo muchas veces ambas nociones, al punto de incluir al servicio público como una expresión de las funciones públicas del Estado, cuando en verdad existe una diferencia muy marcada entre uno y otro concepto.

En efecto, la noción de servicio público (en tanto prestación económica), difiere de la misma naturaleza de las funciones públicas, las cuales implican una expresión de *poder* estatal. Como indica la doctrina, las funciones públicas y los servicios públicos (actividad prestacional) formarían parte del concepto genérico y teórico de *Actividades Administrativas* del Estado, el cual, según BASTIDAS BÁRCENAS, tienen como finalidad desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales del ordenamiento⁴⁸, y como tal, sería un género que comprendería las especies de *actividades funcionales* y *actividades prestacionales*.

⁴⁸ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., págs. 53-54.

Las primeras, serían las conocidas funciones administrativas (y de manera más específicas, las funciones públicas), mientras que las segundas toman su clásica expresión en la figura de los servicios públicos. En un plano relativamente práctico, se puede indicar que, mientras las *actividades funcionales* expresan, en mayor o menor medida, determinadas actuaciones de *poder* de la Administración, no comerciales ni económicas por su naturaleza; las *actividades prestacionales*, que no se valen de *potestades públicas*, sí implican un contenido económica y comercial susceptible de ser explotado.

El servicio público es una operación comercial, que genera una utilidad al acreedor de la prestación de dicho servicio. En cambio, la función pública sería una acción o decisión de un organismo del Estado encaminada a satisfacer un fin público mediante instrumentos jurídicos y materiales, que no implicaría la presencia de una relación comercial, sino simplemente la existencia de una tarea o deber del Estado que requiere ser cumplido. No se trataría de servicios que se son prestados en favor de un sujeto concreto, sino de una obligación que realiza el organismo público para cumplir su objetivo trazado por ley.

La doctrina ha dado cuenta ya de la existencia de una confusión de nociones en torno a estas figuras, advirtiendo con ello la necesidad de separar dos conceptos del derecho público que, si bien parecen vincularse, no serían del todo equiparables. Así, por ejemplo, GASPAR ARIÑO ya había advertido acerca de las razones que dan origen a la confusión de estos conceptos, atribuyéndole gran parte de la responsabilidad a la concepción clásica francesa del servicio público⁴⁹. Según el referido autor, esta concepción clásica era muy extensiva y amplia⁵⁰, al punto de que toda actividad de la Administración tendiente a satisfacer de una forma un interés o necesidad pública, cualquiera que sea, era considerada un servicio público. Tanto la actividad jurídica como social eran equiparadas a esta institución, llegando a ser “servicio público” todo lo que gestionaba la Administración⁵¹.

Dicha confusión fue perfilada y en cierto modo corregida por la doctrina italiana, la cual distinguió, por un lado, la función pública, la cual se desarrolla en la consecución de los

⁴⁹ La mayor parte de las notas que los franceses aplicaron a su concepto de servicio público son notas o fundamentos aplicables a las funciones públicas, y el error de ellos radica en haber querido ampliarlas a los verdaderos servicios que se desarrollan en el campo económico y social. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993). *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, pág. 296; y, GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 22.

⁵⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Editorial Comares, págs. 544-545.

⁵¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993). *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, págs. 294-295.

finés esenciales del Estado, en su actividad propiamente soberana, y por otro lado, el servicio público, que sería aquella actividad del Estado, directa o indirecta, encaminada a la consecución de fines de bienestar, fines no esenciales al ser del Estado, pero sí indispensables para la vida social en un momento dado⁵².

Así, ZANOBINI vinculó la noción de servicio público únicamente a algunos aspectos de la actividad administrativa, por contraste a la función pública como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, *la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía*; en cambio, los servicios públicos representan, por su parte, *otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines*⁵³. En este mismo sentido se manifestó también GIANNINI, para quien *la titularidad de las funciones públicas corresponde necesariamente al Estado, mientras que la competencia sobre los servicios se asume por razones técnicas, económicas o sociales, pero sin que repugne la idea de su gestión por los particulares*⁵⁴.

En la misma línea, BLANQUER CRIADO ha señalado que mientras que en las funciones públicas subyace siempre una potestad jurídica de carácter exorbitante, que pone de manifiesto el “*imperium*” de la Administración sobre los ciudadanos, en los servicios públicos estamos ante actividades materiales o técnicas de contenido económico, que, en línea general de principio, pueden ser desarrolladas tanto directamente por la Administración pública, como por los ciudadanos y empresas⁵⁵.

Así, frente a los servicios públicos, los administrados se encuentran en calidad de usuarios del servicio ofrecido⁵⁶, pero cuando la Administración ejerce una función pública, la situación es diferente, toda vez que los administrados se encuentran en una situación de sujeción, susceptibles de soportar las decisiones o actuaciones del poder público sobre su esfera privada independientemente de su voluntad. De acuerdo a ello, en los servicios

⁵² *Ibíd*em, pág. 295.

⁵³ Cita original de Fernando Garrido Falla. En: GARRIDO FALLA, Fernando (1994). “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*. N° 135, pág. 11.

⁵⁴ *Ibíd*em, pág. 11.

⁵⁵ BLANQUER CRIADO, David (2012). *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 241.

⁵⁶ DIEZ, Manuel María (1979). *Derecho Administrativo*. Segunda edición. Tomo III. Buenos Aires: Plus Ultra, pág. 338.

públicos el particular actúa siempre como usuario de los mismos, mientras que, en la función pública, el particular no es un usuario, sino un medio u objeto⁵⁷.

En el caso de las funciones públicas, como acertadamente indica PAREJO ALFONSO, *los particulares soportan una actividad imperativa del Estado, actividad conformada por un conjunto de tareas y cometidos administrativos que presuponen o implican necesariamente el ejercicio de potestades o autoridad*⁵⁸. En cambio, la actividad prestacional del servicio público no precisa necesariamente la actuación administrativa investida de *imperium* y revestida de autoridad. Más bien, *constituiría un variado complejo de acciones de dación de asistencia y cobertura frente a contingencias vitales, servicios o bienes*⁵⁹.

En otras palabras, tanto función pública como servicio público apuntan generalmente⁶⁰ a destinatarios “distintos”, o, mejor dicho, conjuntos diferentes, pues mientras la primera se realiza usualmente para el conjunto de ciudadanos globalmente considerados, la segunda atiende a un usuario individualizado que adquiere el servicio correspondiente. Y es por ello que se ha visto por bien afirmar que, mientras los servicios públicos constituyen prestaciones o actividades dirigidas al ciudadano *uti singuli*, es decir, de manera individualizada a cada usuario del servicio, las funciones públicas se ejercen en atención a los ciudadanos como un colectivo *uti universi*, como todos en conjunto⁶¹.

Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente en este trabajo, existen determinadas *zonas grises* de actuación administrativa en las que, si bien pueden ser expresión de una actuación soberana, se posicionan cada vez más cerca del ámbito de la libre actividad económica de los administrados (y es precisamente este tipo de figuras híbridas las que motivan nuestro objeto de estudio).

Ejemplo de ello, como se verá luego, es la actividad de Inspección Técnica de Vehículos (ITV), la cual se configura como una auténtica función pública de *autoridad*, de contenido decisorio y “autorizativo” (habilitante), y con eficacia pública evidente al ser presupuesto

⁵⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pág. 62.

⁵⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pág. 409.

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 409.

⁶⁰ Decimos generalmente, desde nuestra concepción, que ciertas funciones públicas más cercanas a la periferia de actuación privada (y, por ende, más lejanas al núcleo duro de funciones de soberanía), podrían ser dirigidas a destinatarios específicos, como es el caso de las inspecciones técnicas de vehículos, aspecto a analizar posteriormente.

⁶¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pág. 409.

técnico y legal para la libre circulación de vehículos automotor. Pero que, a su vez, se configura también como una forma de actividad económica (sin llegar a ser un servicio público), en la que las empresas de revisión técnica ofrecen un servicio especializado a los administrados para que éstos estén acorde a lo exigido por el ordenamiento.

En consecuencia, las funciones públicas pueden, eventualmente, estar sumamente vinculadas a determinadas actividades comerciales (siendo esta una premisa clave de la figura del EPCA que abordamos en este trabajo), y con ello, podrían estar relativamente relacionadas con los servicios públicos o en general con actividades económicas de distinto tipo, mas no por ello deberán confundirse las instituciones. Por lo tanto, a la par de la distinción teórica entre funciones públicas y servicios públicos, se debe ser muy cuidadoso en delimitar los casos en los que determinadas funciones públicas se expresan bajo medios o formas comerciales y económicas.

III. CAPÍTULO SEGUNDO: SOBRE LOS MECANISMOS JURÍDICOS APLICABLES PARA EL TRASLADO DE FUNCIONES PÚBLICAS A LOS PARTICULARES

Sobre la base de lo antes señalado, podemos concluir preliminarmente que esta técnica administrativa de colaboración en el ejercicio de funciones públicas resulta bastante similar en su lógica a la figura de los servicios públicos, en la medida en que se trata de una actividad estatal que es ejercida por el sector privado en virtud de un mecanismo de habilitación legal. Sin perjuicio de ello, es de recordar que mientras los servicios públicos constituyen actividades prestacionales relacionadas con actividades de naturaleza y contenido económico, la figura del EPCA se circunscribe a las actividades funcionales del Estado, y específicamente de la Administración.

Sin embargo, ambas instituciones transmiten en el fondo una misma idea, que es la de un cambio de los roles del Estado como principal actor de las actividades de interés público. Pero esto no quiere decir que, por responder ambos supuestos a lógicas similares, el esquema procedimental de éstas figuras deba ser el mismo. Como señalamos, el EPCA y los servicios públicos se diferencian en su contenido, y ello nos lleva a pensar que, si los contenidos son distintos, es muy probable que los procedimientos destinados a efectivizar la participación privada en ambos escenarios sean también diferentes.

Por lo tanto, en la presente sección corresponde determinar cuál podría ser el procedimiento o mecanismo jurídico que, en términos teóricos y prácticos, podría efectivizar de mejor manera la transferencia de las funciones públicas (de *poder* o de *autoridad*) a los particulares en el esquema del EPCA. Con ello nos referimos a los posibles mecanismos puestos a disposición por los marcos normativos correspondientes, que, por sus características, alcances y/o contenidos, pueden servir y configurarse como idóneos para efectivizar dicho traslado de funciones a las entidades privadas colaboradoras. Siendo esto así, no entra como parte de este análisis los supuestos en los que el ejercicio de funciones o potestades públicas por parte de entidades de derecho privado es realizado como consecuencia de una específica atribución legal, como sería el caso, por ejemplo, de las sociedades mercantiles estatales, las cuales, según el artículo 113 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, podrán encontrarse habilitadas para ejercer potestades administrativas en tanto exista una ley que excepcionalmente les haya atribuido dicha facultad.

De este modo, nos enfocaremos en revisar los mecanismos más comunes puestos a disposición (tanto por el ordenamiento español como el peruano) para facilitar la colaboración de agentes externos a la Administración en la realización de sus prestaciones y/o funciones.

3.1. SOBRE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Usualmente, han sido la concesión y la autorización los instrumentos utilizados para el traslado de funciones públicas a los particulares. Tal como advierte CANALS I AMETLLER, *la autorización y la concesión administrativas son los dos instrumentos jurídicos que la legislación viene estableciendo como válidos para articular este traslado*⁶².

Sin embargo, existen algunos fundamentos teóricos que, en nuestra opinión, demostrarían la incompatibilidad de estos instrumentos como vías para el traslado de funciones públicas de *autoridad* o de *poder* en la esfera privada, pese a que su utilidad práctica (y también desde una óptica económica) sea incuestionable en ciertos supuestos.

En el ordenamiento peruano, resulta difícil encontrar una definición genérica sobre lo que constituye la autorización administrativa y los demás títulos habilitantes que se le vinculan (como la licencia o el permiso), toda vez que las referencias a este tipo de mecanismos se encuentran usualmente recogidas en normativas especiales y/o sectoriales, contextualizadas y descritas para materias concretas. El ordenamiento español, en cambio, sí ha recogido una definición del mecanismo de la autorización administrativa (si bien algo breve) en el numeral 7 del artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el cual la define como *“cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio”*.

Teniendo en cuenta estas premisas, resultará de suma utilidad abocarnos a las definiciones recogidas en la doctrina para tener una mejor aproximación del contenido de este mecanismo. Sobre el particular, LAGUNA DE PAZ ha señalado que la autorización constituye una técnica de intervención administrativa que lleva a cabo un control

⁶² CANALS I AMETLLER, Dolors (2003). *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares, pág. 299. Así también: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares, págs. 518-525.

preventivo del ejercicio de actividades privadas, y en la que la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar éstas. En este sentido, la autorización constituiría un acto declarativo de derecho que confiere a su titular una situación jurídica⁶³ sobre la base del binomio “*derecho preexistente – remoción de límites*”⁶⁴.

Esta técnica administrativa se configura, dentro de las actuaciones del poder de policía, como un título habilitante⁶⁵ que le permite a un particular poder realizar una actividad económica que, en principio, es libre de ejercer en virtud de elementos como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, bajo un sistema preventivo. Por ello, se trata de un acto administrativo *favorable*⁶⁶ de habilitación (y control) para el ejercicio de un derecho que preexiste en la esfera jurídica de los administrados.

De este modo, se puede apreciar que la autorización administrativa se configura como un título habilitante de carácter declarativo de derechos, que reconoce la preexistencia misma de éste, y que habilita al administrado para realizar una actividad económica en concreto luego de haberse constatado el cumplimiento de determinados requisitos exigidos por el ordenamiento, a través de un procedimiento de evaluación previa. En consecuencia, es la preexistencia de un derecho para el ejercicio de una actividad la que define de mejor manera el papel del autorizado. Atendiendo a esto último, cabría preguntarnos si esta afirmación es compatible con la naturaleza de un ejercicio de funciones públicas de la Administración.

De plano, es claro que en términos teóricos la autorización no puede ser el instrumento que concrete dicho traslado de funciones. La autorización, en la medida en que constituye una técnica que opera sobre derechos preexistentes del administrado, no puede ser aplicable al caso de las funciones públicas, precisamente porque sobre estas no existen derechos preexistentes por parte de los particulares. Como se verá más adelante al analizar

⁶³ LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas, pág. 37.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1967). “Inscripciones y Autorizaciones Industriales”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 52, pág. 423.

⁶⁵ Según Arroyo Jiménez, el concepto de título habilitante remite a una técnica jurídico-administrativa que se interpone entre la voluntad individual de iniciar una concreta actividad y el momento en el cual el sujeto puede actualizar su proyecto conforme a Derecho. En: ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2004). *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 310.

⁶⁶ REBOLLO PUIG, Manuel (2009). “La actividad de limitación”. En: CANO CAMPOS, T. (coord.). *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. Vol. 2*. Madrid: Editorial Iustel, pág. 34.

el mecanismo de la concesión administrativa, no es posible concebir la existencia (previa o *ex novo*) de derechos sobre las funciones públicas de la Administración.

La autorización opera sobre derechos preexistentes en actividades que, en efecto, permiten la existencia previa de estos derechos, y las funciones públicas, por tratarse de actividades funcionales que implican el ejercicio de elementos derivados de la soberanía del Estado, no podrían ser plataforma de este tipo de habilitación. Como bien señala CANALS I AMETLLER, *la inoperatividad de la autorización administrativa como técnica de atribución de autoridad pública a agentes privados* -dentro del plano de la teoría jurídica- *parece ser indiscutible*. La autorización es una figura clásica de policía administrativa, de intervención pública en la esfera jurídica de los particulares, pero que aterriza sobre el fundamento de la libertad económica⁶⁷.

Es una remoción de límites y obstáculos previamente colocados por la Administración. Siendo esto así, *la autorización no es el instrumento adecuado para ceder a organizaciones privadas el ejercicio de funciones públicas, en relación con las cuales los particulares no ostentan ningún tipo de derecho subjetivo*⁶⁸. Dentro de la doctrina peruana, ABRUÑA señala que, por su propio contenido, *la autorización no es técnica adecuada para otorgar el ejercicio de funciones públicas de ningún estilo*, toda vez que su objeto es hacer posible el ejercicio de actividades propias, en principio, de los sujetos que tienen un derecho preexistente para realizarlas⁶⁹. Por lo tanto, en la medida en que no existen derechos preexistentes sobre las funciones públicas de la Administración, y en general, sobre la actividad funcional del Estado, la autorización, como técnica de traslado de funciones a los particulares, debería ser en principio descartada.

Es importante traer a colación lo señalado por GALÁN GALÁN, quien indica que el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas no encaja con la naturaleza propia de la autorización administrativa. En este sentido, y como señala el autor, la autorización no puede ser una técnica que habilite a un sujeto privado para el ejercicio de una función pública, toda vez que esta constituye una actividad que, *de no mediar una habilitación para su ejercicio privado, sería realizada directamente por la Administración*⁷⁰. Esto

⁶⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pág. 299.

⁶⁸ Ibídem, pág. 299.

⁶⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio (2010). *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores, pág. 79.

⁷⁰ GALÁN GALÁN, Alfredo (2009). "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración". *Anuario de Derecho Municipal*. N° 2, pág. 89.

quiere decir que las funciones públicas, al no ser una actividad originariamente libre, no estarían sujetas a un principio de subsidiariedad como sí lo estarían las actividades sujetas al régimen de autorización administrativa.

3.1.1. Aplicación al caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos

No obstante, desde un plano económico y práctico la autorización puede resultar un instrumento útil para ciertos supuestos de ejercicio de funciones públicas por privados. Resulta útil, precisamente, cuando la función pública materia de traslado va tomando características de una actividad económicamente competitiva al materializarse en el plano práctico, y en donde el criterio de subsidiariedad va tomando un poco más de sentido. Es el caso de la Revisión o Inspección Técnica de Vehículos (ITV), actividad que involucra el ejercicio de autoridad y que hoy en día es ejercida en colaboración con entidades privadas.

La ITV es una función pública que consiste en la actividad de control de un producto industrial, orientada a la comprobación del buen estado y mantenimiento de los requisitos técnicos necesarios para la consecución de la eficacia mecánica en ellos prevista, evitando daños o riesgos a personas, o a otros bienes jurídicos protegidos⁷¹. Se trata del ejercicio de una potestad pública por parte de la autoridad administrativa y que se integra en las funciones de policía de la Administración con el fin de garantizar la seguridad vial. La ITV no se limita a una simple comprobación del estado técnico de un producto industrial, sino que tiene por objeto último la obtención, por parte del sujeto titular del vehículo, de un certificado de naturaleza “autorizativa”, que le habilitará para seguir utilizando su automóvil bajo los estándares de ley⁷².

De este modo, la ITV es una función pública de responsabilidad directa de la Administración, y que a su vez constituye una exigencia que deben cumplir todos los administrados que opten por conducir automóviles en el territorio o ámbito

⁷¹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pág. 160.

⁷² Al respecto, Canals cita jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (Sentencia de 13 de octubre de 1997 y Sentencia de 7 de mayo de 1999), en donde se señala que la ITV es una función pública soberana, dirigida a garantizar el efectivo cumplimiento de las exigencias técnicas sobre seguridad en materia de vehículos a motor. En: *Ibíd.*, pp. 166-169. Asimismo, como bien indica Fernández Ramos, en esta actividad no es la Administración la que decide y el particular el que ejecuta materialmente dicha decisión, sino que es la entidad privada la que, legitimada por el conocimiento de la técnica, declara la conformidad o no a la legalidad de la actividad sujeta a control, y es la Administración la que ejecuta en consecuencia, por ejemplo, concediendo o renovando la correspondiente autorización. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pág. 532.

correspondiente. Sin embargo, esta función pública, para concretarse, se vale de medios que poseen varios componentes de actividad económica, de modo que su naturaleza deambula entre una auténtica función de autoridad y el ejercicio de una actividad económica libre.

En el caso del ordenamiento español, la actividad de inspección técnica de vehículos se encuentra regulada en el Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, normativa la cual ha establecido expresamente que la ejecución material de las inspecciones técnicas será realizada en estaciones ITV, de acuerdo con el modelo de gestión que establezca la Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias. Al respecto, dicha ejecución material podrá ser realizada, según lo establece el artículo 14 de la referida norma, por las Comunidades Autónomas directamente, o a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas, en régimen de concesión administrativa o de autorización.

Anteriormente, la ITV ya había sido reconocida como una actividad susceptible de la participación de operadores privados, conforme se señala en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, el mismo que indica expresamente que *“la ejecución material de las inspecciones podrá efectuarse por las Comunidades Autónomas o Administración competente directamente o a través de sociedades de economía mixta en cuyo capital participen, o por particulares”*.

La norma antes citada señalaba también que, en caso de que la actividad sea realizada por particulares, éstos deberán contar previamente una autorización otorgada por la Comunidad Autónoma o Administración competente, como requisito imprescindible para acceder a la actividad de inspección de vehículos.

Un ejemplo de ello es la regulación establecida por la Comunidad Autónoma de Madrid, la cual, a través del artículo 1 de la Ley 7/2009, de 15 de diciembre, por la que se liberaliza el régimen jurídico de la actividad de inspección técnica de vehículos de la Comunidad de Madrid, ha establecido expresamente que el régimen jurídico de la inspección técnica de vehículos es el de autorización administrativa; régimen el cual se encuentra debidamente regulado (en cuanto a su procedimiento y requisitos) en virtud del Decreto 8/2011, de 17 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad de Madrid.

Por su parte, en el caso del ordenamiento peruano, la actividad de ITV tiene su origen como una función pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, “MML”) en cuanto a la verificación y control del funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas, función la cual, de acuerdo a la Ordenanza N° 506-MML, sería concretada mediante la participación de instituciones públicas o privadas, previo proceso de selección a cargo de la Municipalidad.

Sobre el particular, nos resulta ilustrativo traer a colación el tratamiento que se le dio al régimen normativo en materia de ITV en el Perú, toda vez que, como consecuencia de unas iniciales controversias sobre el régimen de concurrencia en la prestación de estos servicios, se dio pie a unas mejores aproximaciones normativas al respecto.

Con fecha 24 de agosto de 2004, la MML emitió la Resolución N° 01-2004-MML/CEPRI LIMA, mediante la cual se adjudicó al Consorcio IVESUR S.A. – LIDERCON la concesión de la ejecución de la infraestructura de las Plantas de Revisiones Técnicas y la explotación del servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana, por un plazo total de treinta y dos (32) años.

Con fecha 19 de setiembre de 2004, la MML emitió la Ordenanza N° 694-MML, mediante la cual se reguló el procedimiento técnico y administrativo del Sistema de Revisiones Técnicas Vehiculares y el funcionamiento de las Plantas de Revisiones Técnicas en Lima Metropolitana. El artículo 3 de la referida norma estableció que el servicio de revisiones técnicas sería realizado "conforme a lo dispuesto en dicha norma y el Contrato de Concesión suscrito con la entidad revisora". A consecuencia de esta última referencia, la Comisión de Acceso al Mercado (CAM) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (INDECOPI)⁷³ inició un procedimiento de oficio contra la MML por la existencia de barreras burocráticas materializadas en la Ordenanza N° 694-MML en la medida en que, por vía de la remisión expresa al Contrato de Concesión, la actividad de revisiones técnicas de vehículos estaría siendo realizada en exclusividad.

La MML indicó, durante el referido procedimiento, que la función de controlar y verificar el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas no es una actividad económica que esté sujeta a las reglas del mercado, sino una función

⁷³ Entidad pública del Estado peruano, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, que tiene por finalidad tutelar las condiciones de igualdad en el mercado y la defensa de la competencia, así como la protección al consumidor.

pública exclusiva de la MML. De modo que, al tener autonomía funcional y personalidad jurídica propia, ella podría decidir prestar el servicio directamente o a través de un concesionario.

Asimismo, la MML argumentó que todos los agentes económicos que lo deseen podían seguir instalando talleres o plantas y que todos los propietarios de vehículos responsables podían contratar voluntariamente sus servicios para examinar sus vehículos sin que existan barreras burocráticas. La Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI, por el contrario, señaló que resulta irrelevante que otras empresas puedan ofrecer servicios de revisiones mecánicas no oficiales, pues solamente una empresa se encuentra habilitada a realizar las revisiones técnicas vehiculares obligatorias, que sería un mercado distinto al mercado de talleres en general. A su vez, indicó que la Ordenanza N° 694 sí incorpora el beneficio de exclusividad del concesionario, y que la MML no creó un sistema para que otros competidores puedan brindar el mismo servicio, sino que se limitó a entregar en concesión la actividad a una sola empresa.

Atendiendo a lo antes indicado, INDECOPI concluyó que, si bien se reconoce que la ITV constituye una función pública por tratarse de la verificación del funcionamiento de los vehículos del parque automotor (responsabilidad de la Administración de habilitar a quienes cumplan con determinados estándares técnicos para atender al interés público), y por lo mismo, no implicaría una actividad de contenido económico; el *medio* para implementar dicha función, es decir, el servicio de revisiones técnicas, sí lo sería.

En otras palabras, INDECOPI distinguió acertadamente entre los medios que concretizan la función pública en el plano práctico, de la función pública en sí misma. Para este caso, la función pública es la obligación de la Administración de fiscalizar y garantizar que los autos que circulen cumplan con determinados estándares técnicos, para así atender a fines públicos de calidad ambiental y seguridad industrial; mientras que el *medio* para materializar esta función es la correspondiente actividad de revisión técnica a cargo de entidades especializadas.

El deber de fiscalización-habilitación no posee un contenido económico, pero los *medios* bajo los cuales se concretiza dicho deber sí lo tienen, pues se trata de actividades técnicas, de servicios que, si bien llevan un componente de ejercicio de autoridad, se pueden prestar en un sistema de libre mercado, claro está, bajo estrictos mecanismos de reglamentación

por parte de las autoridades competentes. Por ende, es diferente la función pública respecto de la actividad económica a través de la cual se ejerce.

En consecuencia, mediante Resolución N° 0013-2008/CAM-INDECOPI, la CAM decidió declarar que la Ordenanza N° 694-MML establece una barrera burocrática al libre ejercicio de la actividad de ITV, toda vez que se estaría dando la exclusividad a una sola empresa para que realice dicha actividad mediante una concesión, generándose así un monopolio ilegal.

Posteriormente, con la emisión de la Ley N° 29237, del 16 de mayo de 2008, se creó el Sistema de Inspecciones Técnicas Vehiculares, reafirmando la obligatoriedad de que los automóviles cuenten con revisión técnica ya no solo dentro de Lima Metropolitana, sino a nivel nacional, en todo el territorio peruano, reconociéndose al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “MTC”) como el ente rector de la materia.

La referida ley, asimismo, estableció que la actividad de ITV estaría sujeta a un régimen de autorizaciones a cargo del mismo MTC, de modo que se suprimió –en teoría- la exclusividad en la prestación de dicho servicio. Y a su vez, se resaltó el hecho de que los Certificados que emitan los Centros de Inspección Técnica Vehicular (empresas operadoras de la ITV), constituirían títulos válidos que permitirían la circulación de los vehículos por las vías terrestres de todo el país, es decir, se reconoce el carácter vinculante y decisorio de tales actuaciones.

Sobre la base de ello, la ITV pasó de ser una mera obligación de la MML a nivel metropolitano, a ser un auténtico deber y responsabilidad sectorial del MTC con alcance nacional. Asimismo, se dejó en claro que dicha actividad sería ejercida bajo un sistema de autorizaciones, es decir, en libertad de mercado en función de libres ofertantes y demandantes.

Como se puede apreciar de la información anteriormente señalada, si bien la ITV es una función pública (y como tal, en principio carente de un contenido económico), los *medios* a través de los cuales se expresan sí son actividades económicas concretas, toda vez que el deber de inspección vehicular de la Administración se materializa en una actividad técnica de servicios, la cual es susceptible de ser ejercida en virtud de la libre iniciativa privada. De hecho, mientras exista mayor competencia en cuanto a la prestación de dicho servicio, se obtendría mejores resultados en cuanto eficiencia, precios, calidad y niveles

de cumplimiento de la normativa aplicable, toda vez que el monopolio por parte de una sola empresa impide la maximización de los esfuerzos por atraer la demanda –de por sí obligatoria– del servicio.

Siendo esto así, somos de la opinión de que, en Perú, la actividad de ITV debió manejarse desde un inicio acorde a un sistema de autorizaciones administrativas, toda vez que es el instrumento que mejor se adecúa a este tipo de funciones. Si bien hemos señalado que la autorización no es un instrumento legal que –desde un criterio teórico- canalice el traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares, las características de determinadas funciones públicas, que se asemejan mucho a las actividades económicas en general por los *medios* que utilizan para concretizarse, se adecúan mejor a un sistema de autorización bajo la consigna de garantizar la competencia en la actividad.

En conclusión, tenemos por un lado que la autorización administrativa no cumple con los criterios teóricos para configurarse como un mecanismo que permita el traslado de funciones públicas a los particulares, de modo que, dentro del plano del estudio del derecho administrativo dicho instrumento quedaría, en principio, descartado. No obstante, su repercusión práctica sobre ciertas funciones colindantes con actividades económicas libres (ITV) permite a dicho mecanismo perfilarse como un instrumento útil en determinados supuestos, de modo que su aplicación a la figura del EPCA puede admitirse como herramienta directa y/o complementaria.

3.2. SOBRE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Tal como explica la doctrina, los planteamientos tradicionales de la colaboración privada en las tareas públicas han venido centrándose en dos perspectivas de este fenómeno: por una parte, en la gestión privada de servicios públicos, mediante el clásico instrumento de la concesión administrativa, y por otra, en la encomienda de parcelas de interés público a instituciones privadas a través de múltiples modalidades que han desbordado el marco de la concesión⁷⁴. Ahora bien, y tal como se pregunta el profesor LÓPEZ RAMÓN, *¿sirve la llamada técnica concesional para controlar debidamente el ejercicio de funciones públicas por particulares?*⁷⁵

⁷⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pág. 269.

⁷⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989). “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. N° 243, pág. 572.

Desde una óptica multidisciplinaria y general, podemos señalar que la concesión es, ante todo, una operación económica que implica la participación del Estado y de la empresa privada para la realización de un proyecto de alta rentabilidad social y económica. En esta línea, RUIZ OJEDA ha señalado que la concesión *es un contrato de empresa*, en el que el núcleo definidor es la asignación de riesgos a las partes hecha de manera variable según las circunstancias de cada caso⁷⁶.

Desde un plano jurídico, y en un primer término, se puede decir que la concesión es un título habilitante que permite a un particular realizar una actividad (obra o servicio público) sobre la cual, inicialmente, no podía vincularse libremente por su propia iniciativa, toda vez que ésta es de titularidad estatal y por lo mismo se encuentra separada (retirada) del libre mercado. No obstante, la óptica de la concesión como título habilitante debe ser complementada a su vez con la figura del contrato de concesión como contrato administrativo, toda vez que, de lo contrario, estaríamos adoptando una definición de la concesión a partir de una única dimensión como acto unilateral del Estado.

En este sentido, podemos señalar que, en la línea de lo indicado por ÁLVAREZ-GENDÍN, la concesión es ante todo un contrato administrativo dentro de la modalidad de los contratos públicos, el cual contiene cláusulas reglamentarias y comerciales, que forman un todo inseparable dentro de este instrumento; y supone el otorgamiento de un derecho por parte de la Administración hacia un particular o empresa, con la obligación de que ésta realice o preste algún objeto o algún servicio público de la incumbencia propia de aquella⁷⁷.

Ahora, si bien la concesión puede ser definida como un contrato administrativo, es menester revisar qué definición puede obtenerse sobre este instrumento a partir de los marcos legales vigentes de España y Perú (omitiendo la concesión referida los bienes de dominio público, cuya regulación merecería una aproximación específica que dista de los fines de este trabajo).

Sobre el particular, en el ordenamiento español, los artículos 14 y 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, han regulado la figura del contrato de concesión en cuanto al ámbito de obras y de servicios, según se aprecia a continuación:

⁷⁶ RUIZ OJEDA, Alberto (2006). *La Concesión de Obra Pública*. Madrid: Thomson Civitas, pág. 265.

⁷⁷ ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino (1930). “La Concesión y el Contrato de Derecho Público”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. 79, N° 156, págs. 423-442.

“Artículo 14. Contrato de concesión de obras.

1. La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (...)

Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio (...)”

En el caso del ordenamiento peruano, el Decreto Legislativo N° 1362, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, regula igualmente el mecanismo de la concesión, definiendo a este como *“el acto administrativo por el cual los Ministerios, Gobiernos Regionales, y Gobiernos Locales otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo contrato”*. Cabe indicar, sobre esto último, que no se trata que la concesión sea un acto administrativo y que por otro lado sea un contrato, sino que la concesión nace de un acto administrativo, y que su contenido, implicancias y régimen es posteriormente formalizado en un contrato de naturaleza pública⁷⁸.

A partir de lo descrito por la doctrina, y de las disposiciones normativas antes revisadas, podemos identificar que la concesión, si bien bajo determinadas ópticas podría remitirse a la naturaleza de un acto administrativo en su origen (como podría advertirse del ordenamiento peruano, por ejemplo) tiene como principal referencia el estar constituido dentro del ámbito de los contratos de carácter público, de carácter bilateral. Lo que

⁷⁸ Esta postura se encuentra ligada, en efecto a la teoría del “contrato público como relación contractual nacida de un acto unilateral”, la cual postula la unidad de la figura contractual, y que implica un acto administrativo unilateral en su emisión, pero contractual en sus efectos. BACA ONETO, Víctor (2014). “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *Revista Ius Et Veritas*. N° 48, págs. 276-277.

corresponde ahora es determinar por qué consideramos que este tipo de contrato público no es susceptible de trasladar auténticas funciones públicas a los particulares.

3.2.1. Breves referencias a la concesión de función pública

Ya con anterioridad, VILLAR PALASÍ habría advertido sobre la necesidad de desarrollar una formulación teórica que unifique, en una noción general, todos los supuestos concesionales de la actividad pública. Es decir, al existir varios supuestos para la creación de concesiones administrativas (p.ej. de obras, servicios, o demaniales), resultaba necesario concebir un criterio unificador que englobe todas estas especies en un solo género⁷⁹.

En efecto, todas las concesiones tendrían en común un rasgo histórico que, según lo señalado por el referido autor, las caracterizaría desde el mismo derecho romano, y este era la “transferencia de funciones público-administrativas al privado”. Al respecto, señala el autor:

“Esta transferencia de funciones, que no implica en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir unificar la idea, un tanto dispersa, en la normativa actual de la concesión administrativa.”⁸⁰

Puede apreciarse que, para el citado autor, el criterio que une conceptualmente a todas las formas de concesión administrativa es la transferencia de funciones de la Administración al concesionario; toda vez que *“el procedimiento concesional consistiría en todos los casos en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, la investidura de una función pública”⁸¹*. En toda concesión, se dice, habría una investidura o transmisión de una función pública en beneficio de los administrados⁸², manifestándose dicha técnica como *“la forma políticamente más intachable y administrativamente más ágil de conseguir el control económico”⁸³*.

⁷⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis (1952). *Concesiones Administrativas, voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV*. Barcelona: Francisco Seix Editor, pág. 696.

⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 700.

⁸¹ *Ibíd.*, pág. 687.

⁸² LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989). “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. N° 243, 1989, pág. 572.

⁸³ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Op.Cit.*, pág. 687.

No obstante, dicha transferencia de funciones no implicaría necesariamente transferencia de *poder*, toda vez que *“la traslación de funciones públicas es, pues, lo típico y no la traslación del poder al administrado, del mismo modo que las antiguas “dationes assignationes” no implicaban asunción del “imperium” por el súbdito”*. En efecto, si bien el traslado de funciones sería la idea central que caracteriza a las concesiones administrativas, dicho traslado no implicaría necesariamente una transferencia de *poder* al concesionario.

Sobre el particular, consideramos que el marco normativo español se terminaría correspondiendo a este criterio unificador (que presenta como denominador común la traslación de funciones y no de la transferencia de *poder* al concesionario), toda vez que, de acuerdo al artículo 284.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha establecido expresamente que *“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

De acuerdo a lo anterior, el ordenamiento español en materia de contratación pública ha sido tajante al señalar que, en virtud del mecanismo de la concesión administrativa (específicamente, en cuanto a la concesión de servicios), no resulta posible efectuar un traslado de *poder* o de la autoridad inherente de los poderes públicos a los concesionarios.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer la precisión, en la línea de lo señalado por SANZ RUBIALES, que, en el caso concreto de los concesionarios de servicios públicos, estos pueden verse beneficiarios de los poderes y atributos de la Administración, más no llegan a ser ejercientes directos de estas facultades⁸⁴.

En efecto, el concesionario, en virtud de su título, puede solicitarle a la Administración, con un grado mayor de eficacia respecto de otras personas, el despliegue de poderes o potestades públicas por parte de aquella, como por ejemplo la aplicación de servidumbres forzosas, la expropiación de terrenos, y claro está, la ejecución forzosa de los actos que emite (y que por sí misma no podría realizar), entre otros supuestos⁸⁵.

⁸⁴ SANZ RUBIALES, Íñigo (2004). *Poder de Autoridad y Concesión de Servicios Públicos Locales*. Valladolid: Universidad de Valladolid, pág. 135.

⁸⁵ *Ibidem*, págs. 126-128.

De este modo, la concesión de servicio público (y por extensión, también de los otros supuestos concesionales) no puede constituirse como un mecanismo susceptible del traslado de funciones públicas de autoridad, poder o potestades en general al concesionario; motivo por el cual consideramos que, desde un punto de vista estrictamente teórico, dicho mecanismo no resultaría el idóneo para materializar el traslado de funciones públicas a entidades privadas colaboradoras (bajo el mecanismo EPCA).

3.2.2. Ejemplo práctico: sobre la concesión de centros penitenciarios

Ahora, ¿cómo explicar los supuestos de concesión regulados normativamente que se plasman en auténticas funciones públicas, pese a la tradición normativa y teórica que subyace a dicho instrumento? No hablamos de que exista una norma que habilite, de forma intencionada y directa, la utilización del mecanismo de la concesión sobre funciones de *poder* de la Administración, sino de normas que -por motivos diferentes y hasta inintencionadamente- terminan vinculando a la concesión con un auténtico ejercicio de funciones públicas.

Nos referimos específicamente al supuesto polémico de las denominadas “cárceles privadas” del Sistema Penitenciario, sector en el cual, por una disposición normativa (en el caso peruano, a través del Decreto Legislativo N° 1229) se habilita la entrega en concesión de centros penitenciarios a empresas privadas para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de dichas infraestructuras. Se trata, desde nuestro punto de vista, de una indirecta entrega en concesión de una función pública que se esconde detrás de una directa entrega en concesión de una infraestructura pública⁸⁶.

⁸⁶ Sobre esta terminología, es de señalar que, cuando se hace referencia a la infraestructura pública, usualmente se pretende aludir a la vez a la obra pública del Estado, y viceversa. La obra pública, como señala Jiménez de Cisneros, se caracteriza esencialmente por su finalidad, la satisfacción de necesidades colectivas, o por su destino al uso público o al general aprovechamiento. En este sentido, habrá obras públicas destinadas al “general aprovechamiento” que no son de “uso público”, tales como la señalización marítima, el balizamiento de los aeropuertos e instalaciones portuarias, el encauzamiento de los ríos, las obras de defensa en el litoral, y claro está, las infraestructuras penitenciarias. Éstas últimas son, en efecto, obras públicas (o infraestructuras públicas), que satisfacen una necesidad general, pero cuyo destino no es el uso público, sino únicamente su general aprovechamiento, es decir, el provecho que la sociedad obtiene por estas infraestructuras. Por lo tanto, a lo largo del presente capítulo nos referiremos a la infraestructura penitenciaria como una obra pública o infraestructura pública, indistintamente, sin que ello suponga que dichas obras impliquen su uso público. Revisar: JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (1999). “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública / obra pública desligado del dominio público y del servicio público”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 3, pág. 195.

Históricamente, la inclusión de la participación privada en el sector penitenciario se ideó con la finalidad de cubrir el déficit de infraestructura y eficiencia en la gestión de los centros penitenciarios, teniendo en cuenta que el Estado no era ya capaz de seguir manejando por sí mismo dicho rubro en términos de eficiencia operacional. Así, la figura de las “cárceles privadas” ha sido aplicada por diferentes países desde la década de los 80, como Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Chile⁸⁷.

En lo que se refiere específicamente a la experiencia del ordenamiento español respecto a la presencia de agentes privados en la actividad penitenciaria, cabe destacar, en la línea de lo señalado por ARRAIGADA GAJEWSKI⁸⁸, que su intervención se vio inicialmente enfrentada con lo estipulado en el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española de 1978, la cual consagra la exclusiva competencia del Estado en la legislación penitenciaria, y con lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que entrega el núcleo de la actividad penitenciaria (esto es, la dirección, organización e inspección de las instituciones penitenciarias) a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia; de manera que el recurso a las compañías privadas inicialmente se habría considerado impensable.

Ahora bien, no obstante esta reserva normativa en la gestión del régimen penitenciario español (plasmada principalmente en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria antes referido), sí existió una evolución hacia el favorecimiento de las posibilidades de actuación de colaboradores no estatales⁸⁹. Así, por ejemplo, como bien destaca ARRAIGADA GAJEWSKI, existen talleres productivos cuya gestión puede encargarse tanto al Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo (OATPFE) como a la colaboración de empresarios privados; así también, en materia de responsabilidad penal de menores, se permite la participación de instituciones privadas para la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores. Asimismo, son empresas privadas a quienes se ha encargado la fase de construcción de los establecimientos; y el Reglamento Penitenciario español en su artículo 300 también

⁸⁷ RUIZ-JARABO, Dámaso (1989). “Prisiones Privadas” (1989). *Jueces para la Democracia*. N° 8, págs. 41-42.

⁸⁸ ARRAIGADA, Isabel (2012). “De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal”. *Revista de Derecho*. Vol. XXV, N° 2, pág. 23.

⁸⁹ SANZ DELGADO, Enrique (1999). “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, pág. 386.

permite que sean empresas externas, adjudicatarias por contrato administrativo de servicios, las que presten los servicios de economato, cocina y cafetería del recinto⁹⁰.

En el caso de Perú, debemos señalar que este país no ha sido ajeno a la experiencia privatizadora de los sistemas penitenciarios en los países occidentales ni a los modelos anteriormente referidos, toda vez que desde hace dos décadas hemos tenido aproximaciones y acercamientos respecto a la posibilidad de instaurar un modelo de participación privada en la gestión, y sobre todo, en el diseño y ejecución de las infraestructuras penitenciaras de este país.

Hoy en día, la posibilidad de concesionar centros penitenciarios se encuentra regulada en virtud del Decreto Legislativo N° 1229, que declaró de interés público el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios en el Perú (en adelante, “DL 1229”). A través de la referida norma, el Ejecutivo declaró de interés público y prioridad nacional la adopción de medidas necesarias para el mejoramiento e implementación de servicios que mejoren las condiciones de la infraestructura, administración, tratamiento y seguridad penitenciaria.

El DL 1229 establece una serie de modalidades de participación del sector privado en la referida actividad. Así, el artículo 5 señala expresamente que *“se promueve la participación del sector privado en materia de financiamiento, diseño, construcción, mantenimiento, operación de la infraestructura, tratamiento y seguridad penitenciaria, bajo los mecanismos y reglas establecidos en las normas sobre promoción de la inversión privada”*.

El DL 1229 se enfoca principalmente en el componente material de la actividad penitenciaria, es decir, en el ámbito de la promoción de la inversión y participación privada en la infraestructura carcelaria. La norma hace énfasis en los aspectos vinculados al diseño, construcción, gestión y mantenimiento de la infraestructura, precisamente debido a la necesidad de cubrir la brecha existente por el excesivo aumento de los internos y la poca disponibilidad de espacios para albergarlos.

Siendo esto así, podemos ver que el ordenamiento peruano, al momento de regular la entrega en concesión de centros penitenciarios, no utilizó la lógica de un ejercicio de

⁹⁰ ARRAIGADA, Isabel (2012). “De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XXV, N° 2, pág. 23.

funciones públicas por entidades privadas colaboradoras (EPCA), sino únicamente la de un mecanismo de colaboración público-privada en el marco de las políticas de promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura (algo similar a las Public-Private Partnerships en la experiencia anglosajona).

No obstante lo anterior, consideramos que la actividad penitenciaria, incluidas todas sus prestaciones como infraestructura, seguridad, administración y tratamiento, sí constituye una auténtica función pública de la Administración, la cual se traduce y/o expresa en la función del régimen penitenciario que, para el caso del ordenamiento peruano, se encuentra regulado en una serie de normativas específicas del Ministerio de Justicia. Siendo esto así, somos de la opinión de que el eventual operador privado estaría ejerciendo (ya sea de forma directa o indirecta) una función pública en virtud de la concesión correspondiente; lo cual supondría a su vez que el mecanismo de la concesión estaría siendo utilizado para el ejercicio de auténticas funciones públicas de la Administración en la modalidad EPCA aquí estudiada.

Ahora bien, como señala MALARET GARCÍA, más allá de los términos jurídicos utilizados y de la viabilidad misma de esa gestión a través de una u otra fórmula, *lo que está en juego es la posibilidad de restringir el número de entidades*⁹¹ que ejerzan o realicen las actividades cuya eficiencia depende del número limitado de ejercientes. La concesión resulta, entonces, un instrumento que permite reducir la oferta de una actividad en concreto, toda vez que el sistema de competencia se traslada desde un enfoque de “competencia en el mercado” a uno de “competencia por el mercado”. En la medida en que se trata de actividades de responsabilidad última de la Administración (sean actividades funcionales o prestacionales), la concesión permite reducir el número de participantes privados.

Atendiendo a lo anterior, somos de la opinión de que, si el ejercicio de una función pública involucra el uso y gestión de una infraestructura pública, la mejor solución es que dicha operación se concrete a través del mecanismo de la concesión. Más allá de las oposiciones teóricas que hemos venido formulando, lo cierto es que, ante la presencia de una

⁹¹ MALARET GARCÍA, Elisenda (1988). “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 116, págs. 327-328. Revisar también: CANALS I AMETLLER, Dolors (2010). “El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración”. En: GALÁN A. y PRIETO C. (coord.). *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Barcelona: Editorial Huygens, pág. 43.

infraestructura pública vinculada al ejercicio de la función, se utilice el mecanismo que mejor se adecúa a este tipo de operaciones.

La presencia de una infraestructura penitenciaria operada por privados no sólo implica el ejercicio de una función pública (régimen penitenciario), sino todo un esquema de proyecto que involucra obligaciones, derechos, responsabilidades, régimen de obras principales y adicionales, estudios complementarios, garantías, niveles de cumplimiento, montos de inversión y/o cofinanciamientos, retribuciones y pagos del concedente, penalidades, entre otros ámbitos, los cuales deben estar correctamente regulados en un documento que brinde seguridad jurídica para los partícipes, y esto se logra a través del contrato de concesión.

En consecuencia, la técnica concesional en el campo de las funciones públicas responde, en concreto, a dos circunstancias: *en primer lugar, la consideración relativa a la naturaleza –un tanto confusa- de las actividades ejercidas por estos entes; y, en segundo lugar, la opción por un número limitado y establecido a priori de los ejercientes privados de estas funciones*⁹². En este sentido, el uso de la técnica concesional, si bien no encaja jurídicamente con los fundamentos teóricos que moldean este título habilitante, ha respondido en la mayoría de los casos a su función de restringir el número de ejercientes o prestadores de la actividad, y a la necesidad de regular adecuadamente todos los ámbitos relacionados a un proyecto de infraestructura pública a efectos de garantizar la seguridad jurídica.

3.3. SOBRE LA DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA

En la anterior sección hemos desarrollado las figuras de la concesión y autorización administrativa para señalar que, si bien no son mecanismos teóricamente idóneos para el traslado de funciones públicas a los particulares, pueden resultar muy útiles para determinados supuestos desde una óptica específicamente económica. Sin embargo, en la presente sección se pretende identificar algún mecanismo legal que se condiga un poco más con las exigencias teóricas y prácticas presentes en el traslado de funciones públicas a privados. En este sentido, tratándose de actividades de la órbita funcional del Estado, es posible que los instrumentos que giren en torno al fenómeno del EPCA deban estar orientados en esa línea.

⁹² MALARET GARCÍA, Elisenda. Op.Cit, pág. 328.

Una posible tesis que se plantea al respecto es que el traslado de funciones públicas a entidades privadas colaboradoras pueda constituir una técnica vinculada directamente a la organización misma de la actividad funcional de la Administración; toda vez que, si las funciones públicas y administrativas están directamente relacionadas con la organización funcional de la Administración, entonces quizá la solución pueda estar dirigida en relación a los mecanismos organizacionales de la actividad misma, y que conforman, de acuerdo a la formulación hecha por GALLEGO ANABITARTE, del Derecho de Organización⁹³ de las Administraciones Públicas.

Nos referimos específicamente a las técnicas de “delegación administrativa” y “encomienda de gestión”, recogidas en el ordenamiento español y el ordenamiento peruano en los artículos 9 y 11 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y los artículos 78 y 82 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG); respectivamente. Estos mecanismos surgen como un instrumento dirigido a armonizar el “principio de irrenunciabilidad” de las competencias con el normal y permanente ejercicio de las funciones de la Administración⁹⁴, frente a lo cual buscan brindar una solución a aquellos casos en los que, por razones objetivas, no es posible el normal desenvolvimiento de las funciones de los órganos.

Ahora bien, la delegación administrativa constituye una técnica administrativa que sirve de método de colaboración entre entidades u órganos administrativos del sector público. Es, ante todo, un mecanismo del que se vale la Administración para distribuir y organizar de manera más eficiente las labores que tiene asignada.

Como se indicó anteriormente, este mecanismo se encuentra recogido en el ordenamiento español en el artículo 9 de la LRJSP, el mismo que establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 9. Delegación de competencias

1. Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración,

⁹³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2001). *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*. Madrid: Marcial Pons, págs. 21-55.

⁹⁴ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis (1963). “La competencia administrativa y su ejercicio delegado”. *Documentación Administrativa*. N° 70, pág. 30.

aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas. (...)”

En el caso del ordenamiento peruano, la delegación administrativa se encuentra regulada en el artículo 78 de la LPAG, el mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 78.- Delegación de competencia

78.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a otro al interior de una misma entidad.

78.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación. (...)”

Como se puede apreciar, la delegación administrativa está recogida en ambos ordenamientos bajo el rótulo de una “delegación de competencia”. En este sentido, la delegación constituye una técnica (entre muchas otras⁹⁵) de cooperación administrativa, y específicamente referida a la traslación competencial entre órganos o entidades.

Esta técnica administrativa, según DE LA VALLINA VELARDE, constituye una institución jurídica que tiene por presupuesto el concepto de competencia y por finalidad el de su efectivo ejercicio, corrigiendo con ello los inconvenientes prácticos que el principio de “irrenunciabilidad” de la competencia puede ocasionar⁹⁶, tal como se indicó anteriormente. Indica el referido autor que dicha técnica es una *modalidad de transferencia de competencias, mediante la cual se faculta a un sujeto u órgano para que,*

⁹⁵ Junto a las técnicas de cooperación por traslación competencial, la doctrina también ha identificado formas de cooperación normativas (mediante las cuales, la regulación de una determinada materia se confía por escalones separados a dos o más entes), técnicas de cooperación orgánicas (empleadas para la gestión de la participación de los representantes de las distintas administraciones en la toma de decisiones estatales, como por ejemplo, las conferencias sectoriales); y técnicas de cooperación funcionales (como son el deber general de información, el deber de asistencia, la participación en procedimientos conjuntos, y las conferencias y convenios de gestión o colaboración). Revisar: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009). *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. 1. 2da ed. Madrid: Editorial Iustel, págs. 375-379; y, MARTIN TIRADO, Richard (2007). “Tutela sectorial, desconcentración administrativa de los ministerios y celebración de convenios de colaboración entre los ministerios y las empresas del Estado”. *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, págs. 800-801.

⁹⁶ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis (1959). “La delegación de competencia”. *Documentación Administrativa*. N° 24, pág. 19.

por un acto administrativo no normativo, dictado exclusivamente por razones de oportunidad, confiera a otro sujeto u órgano inferior una nueva competencia, que materialmente es idéntica a las del delegante⁹⁷.

Como bien señala BASSOLS COMA, *el instituto de la delegación no debe ser nunca considerado como un fenómeno patológico de la vida de un ente, sino como una técnica organizativa normal que, ante todo, pretende perfeccionar el ejercicio de la competencia atribuida a un órgano*⁹⁸. En esta misma línea, PARADA VÁZQUEZ señala que la delegación permite a un órgano (delegado) que ejerza por encargo las competencias de otro (delegante), *sin que por ello se altere el sistema objetivo de distribución de competencias*⁹⁹. Igualmente, siguiendo a CARBONELL PORRAS, *la delegación es la técnica que permite que el titular de una competencia ceda su ejercicio a otro órgano administrativo, alterándose, en consecuencia, quién ejerce la competencia*¹⁰⁰. En suma, se trata, según indica SANTAMARÍA PASTOR, de una traslación del ejercicio de una competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma¹⁰¹.

Por su parte, en la doctrina peruana, MORÓN URBINA ha señalado que la delegación es una técnica de transferencia relativa de competencias, autorizada por ley, en virtud de la cual un órgano denominado delegante se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano -delegatario- al cual esa competencia no le había sido asignada¹⁰².

De este modo, a partir de las descripciones doctrinarias anteriormente referidas, podemos ver que la delegación tiene como finalidad, precisamente, el establecer un sistema de sustitución de los órganos o entes administrativos de modo tal que el actuar de la Administración se produzca de forma *intermitente y adecuada*¹⁰³. Este instrumento tiene

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 37.

⁹⁸ BASSOLS COMA, Martín (1963). “La delegación de competencias en la Ley especial para el Municipio de Madrid”. *Documentación Administrativa*. Madrid, N° 70, pág. 83.

⁹⁹ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1993). *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudios, comentarios y textos de Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons, pág. 100.

¹⁰⁰ CARBONELL PORRAS, Eloísa (2016). “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2° ed. REBOLLO M., y VERA Daniel J. (dirs.). REBOLLO, M. (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, pág. 289.

¹⁰¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 356.

¹⁰² MORÓN URBINA, Juan Carlos (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 352.

¹⁰³ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis (1963). *La competencia administrativa y su ejercicio delegado*. *Documentación Administrativa*. N° 70, pág. 32.

entonces un objeto claro y directo, que es el de permitir la cooperación o colaboración entre entidades cuando las circunstancias hagan inviable el ejercicio normal de las tareas administrativas por parte de quien, en un principio, las tiene asignadas; generándose así relaciones jurídicas interorgánicas e interadministrativas¹⁰⁴.

En este sentido, la delegación no es una técnica que se presenta de manera arbitraria a la libre decisión de los entes de la Administración, como un evento común. Por el contrario, su utilización está sujeta, como indicamos, a circunstancias específicas y criterios de oportunidad, libremente apreciados por el delegante, que se presentan en un momento determinado.

En esta lógica, tenemos que un órgano recurre al mecanismo de la delegación no porque desee desprenderse o desentenderse de sus obligaciones (lo cual sería una actuación ilegal), sino específicamente porque las circunstancias del contexto no le permiten cumplir eficaz y eficientemente sus labores. Por ello la delegación no es arbitraria o discrecional, sino estrictamente circunstancial y excepcional. Precisamente, los criterios que motivan y justifican la aplicación de este instrumento administrativo están señalados taxativamente en la norma, siendo estas circunstancias de índole *técnica, económica, social o territorial* (en el caso del artículo 78 de la LPAG), o de *mejora en la eficacia de la gestión* (en el caso del artículo 9 de la LRSJP). De este modo, una entidad pública únicamente podría delegar algunas de sus funciones si se presenta alguno de estos criterios antedichos.

Ahora bien, es importante señalar que este instrumento no habilita a que cualquier función de la Administración pueda ser delegada, sino, como señala MORÓN URBINA, únicamente *las consideradas periféricas*¹⁰⁵, excluyéndose evidentemente del alcance de este dispositivo a las actividades o funciones esenciales de la Administración¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Como señala Dromi, las relaciones interadministrativas vinculan a dos o más personas jurídicas públicas estatales o no estatales, y se traducen en actividad externa con forma jurídica de actos administrativos, mientras que las relaciones interorgánicas vinculan a dos o más órganos de una misma persona pública, y se exteriorizan a través de simples actos de la administración. En: DROMI, Roberto (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pág. 743.

¹⁰⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pág. 352.

¹⁰⁶ Como bien señala Sayagués Laso, las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad como tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo. Por ejemplo, las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en el interior, funciones que le corresponden a determinados entes de la Administración. Tales funciones del Estado deben estar siempre a cargo de éste y no puede concebirse que sean encomendadas a particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indelegables. Esos cometidos son inherentes al Estado y deben ser ejecutados por él mismo, en forma

En el transcurso de los años se han vertido una serie de teorías acerca del objeto mismo del acto de delegación, en el sentido de la forma en la que realmente opera este instrumento. Sobre esto, se han planteado hasta cuatro posturas, identificadas por DE LA VALLINA VELARDE¹⁰⁷ de la siguiente manera:

1. “*La delegación se trataría de una orden administrativa.*”: Esta postura no es concebible por el hecho de que la delegación no puede constituir una orden de policía, toda vez que ésta restringiría la esfera jurídica del sujeto destinatario. Esto sería contrario a la naturaleza misma de la delegación, la cual amplía la esfera de competencias del delegado.
2. “*La delegación constituiría un nombramiento*”: Esta tesis, de origen francés, está igualmente descartada debido a que el nombramiento hace referencia a una persona física, mientras que la delegación se refiere al órgano en su totalidad, como persona jurídica y no como persona natural.
3. “*La delegación sería una autorización administrativa*”: O también conocida como la teoría del acto condicionado, señala que, mediante el acto de delegación, se remueven los límites que condicionaban la competencia del delegado. El delegado tendría ya de por sí una competencia atribuida previamente por el ordenamiento, cuyo ejercicio estaría condicionado al acto de delegación. No obstante, consideramos que esto es erróneo, toda vez que las competencias no están sometidas a una suerte de “condición suspensiva”, sino que son expresamente asignadas para su ejercicio inmediato y obligatorio por quien las ostenta.
4. “*La delegación sería una especie de concesión que confiere una nueva competencia al delegado*”: Esta es la postura de DE LA VALLINA VELARDE, el cual señala que el acto de delegación crea una nueva competencia en la esfera jurídica del delegado, sin que con ello el delegante pierda su propia competencia.

En nuestra opinión, la delegación es un instrumento que, si bien no transfiere la titularidad de la competencia, tampoco crea (y, creemos, no podría crear) una competencia nueva, toda vez que la noción de “*delegar*” se encuentra más orientada hacia el “*traslado*” y no hacia la “*creación*” de un elemento. El sólo hecho de que las normas antes citadas señalen expresamente que lo que se traslada es el ejercicio de la competencia y no su titularidad, da por descartada dicha interpretación, de modo tal que no debe haber mayor debate

directa. En: SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1*. Montevideo: Talleres Gráficos Martín Bianchi Altuna, pág. 56.

¹⁰⁷ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. Op.Cit., pág. 51.

teórico respecto al esquema operativo de esta técnica administrativa: su objeto es sólo trasladar el ejercicio de una competencia, y no la titularidad o la creación de una nueva.

En este sentido, la delegación sería, a nuestro parecer, una técnica de organización administrativa que no implica el traslado de la titularidad de la competencia, o asignación de una nueva competencia a otro ente u órgano, sino únicamente el traslado del *ejercicio* de aquella. El mismo principio de irrenunciabilidad de la competencia constituye una restricción a este supuesto, pero, como dijimos, criterios de oportunidad son los que ameritan estos sistemas de organización y distribución de las labores.

Lo señalado no significa que no existan formas alternativas que sí impliquen un desprendimiento total de la competencia, o asignación de nuevas competencias a otros entes, como los son específicamente los mecanismos de descentralización y desconcentración. No obstante, la técnica de la delegación debe delimitarse de los anteriores supuestos, precisamente, porque ésta se trata únicamente de un mecanismo transitorio y no permanente (como sí lo son los referidos en líneas atrás).

En la delegación no se opera una modificación en la estructura administrativa (titularidad), sino sólo en su dinámica (ejercicio). La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene, sin modificarlo, en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido. En este sentido, *es sólo en la dinámica de la actuación administrativa en la que se produce sus efectos*¹⁰⁸.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, para que la delegación pueda ser un instrumento adecuado para viabilizar el traslado de funciones públicas administrativas a los particulares, deben cumplirse cuando menos los siguientes tres supuestos:

1. Que la delegación configure un traslado efectivo de funciones públicas; y,
2. Que la delegación permita el traslado de funciones públicas a entidades privadas.

De este modo, procederemos a analizar estos dos supuestos para así verificar si la delegación es un título idóneo que efectivice el traslado de funciones públicas a los particulares.

¹⁰⁸ GORDILLO, Agustín. Op.Cit., pág. 23.

Sobre el primer punto, debe señalarse que la delegación supone una transferencia real del ejercicio de las competencias delegadas, es decir, es la entidad delegada quien actúa o ejercita directamente dicha competencia o función bajo su propia responsabilidad (aunque en nombre del delegante), afectándose con ello los elementos sustantivos de la competencia. En este sentido, mediante la delegación se realiza un auténtico traslado del ejercicio de competencia, que indudablemente abarca la posibilidad de trasladar el ejercicio de funciones de autoridad –resolutivas- a los delegados. No se trata sólo de actuaciones materiales, sino también actuaciones de naturaleza jurídica y resolutiva¹⁰⁹, es decir, de auténticas funciones públicas.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo punto, somos de la opinión de que, para que proceda la delegación en sujetos privados, debería mediar como presupuesto una Ley previa de habilitación. Estando presente ello, la delegación podría ser aplicada sin mayor restricción en las relaciones con personas jurídicas de derecho privado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley del Procedimiento Administrativo General del ordenamiento peruano (LPAG), promulgada en el año 2001, es una ley que se creó, entre otros¹¹⁰, a partir del modelo normativo desarrollado en el ordenamiento español, específicamente, de la entonces vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del año 1992 (LRJAP).

Al respecto, la LRJAP, hoy derogada por la Ley 40/2015, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), constituye el cuerpo normativo del cual se sirvió, como modelo, nuestro ordenamiento para la elaboración de su norma de procedimiento administrativo. Y como es de saber, muchos de los artículos recogidos en la LPAG están inspirados en las disposiciones contempladas en la derogada LRJAP (y hoy LRSJP), siendo algunos de estos casos, precisamente, los de la delegación administrativa y encomienda de gestión.

¹⁰⁹ VILALTA REIXACH, Marc (2012). *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, pág. 207.

¹¹⁰ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2005). “El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. 2° ed. Lima: ARA Editores, pág. 20.

Conforme a ello, es de esperar que el contenido, sentido, enfoque y finalidad de las normas de procedimiento administrativo peruanas deban ser, totalmente o en gran medida, similares a los de sus antecedentes españoles.

El artículo 13 de la LRJAP, en su redacción inicial¹¹¹ de 1992, admitía genéricamente la delegación cuando existieran “circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hicieran conveniente” (supuestos idénticos a los del artículo 78 de la LPAG, sumado la circunstancia “jurídica”); pero esta mención desapareció con la modificación de la Ley 4/1999, de modo tal que se abrió la posibilidad a la delegación sin especificación de la circunstancia justificante¹¹². Asimismo, con la modificación se amplió el ámbito subjetivo de la delegación más allá del estricto campo de la relación de jerarquía, habilitando su alcance en favor de órganos que no sean jerárquicamente dependientes¹¹³, pero siempre dentro de la estructura orgánica del sector público.

Ahora bien, muy aparte de la modificación y correspondiente ampliación subjetiva del mecanismo de la delegación, es de notar que ésta siguió manteniéndose en España como un instrumento aplicable únicamente entre los órganos de la Administración pública. En este sentido, el marco normativo español de procedimiento administrativo ha regulado el mecanismo de delegación únicamente para ser aplicado entre personas jurídicas de derecho público, y no para su eventual aplicación a personas jurídicas privadas.

Dicha premisa se ha mantenido, incluso, en la norma vigente del régimen jurídico de la Administración públicas de España, vigente desde el 2016 (artículo 9 de la LRJSP), la cual, si bien ha regulado de manera más extensa y precisa el referido mecanismo, ha mantenido indemne su alcance subjetivo general¹¹⁴, restringiéndose la utilización de esta herramienta únicamente entre personas jurídicas de derecho público. La norma española es clara y no da pie a interpretaciones de un posible alcance subjetivo a los privados, pese

¹¹¹ Artículo 13 LRJAP, redacción inicial: “*Delegación de competencias. 1. En cada Administración Pública se podrá acordar la delegación del ejercicio de competencias atribuidas a sus órganos administrativos en otros órganos, aunque no sean jerárquicamente dependientes, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente. (...)*”.

¹¹² PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (2010). *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*. 21º ed. Madrid: Marcial Pons, pág. 52.

¹¹³ *Ibidem*, pág. 52.

¹¹⁴ Artículo 9 LRJSP: “*Delegación de competencias. 1. Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas. (...)*”.

a algunas posturas en contra por parte de la misma doctrina española¹¹⁵. La delegación en el sistema español únicamente se estructura de acuerdo a relaciones entre órganos (transferencia de competencia entre órganos de un mismo ente público como un mecanismo normal dentro de una estructura jerarquizada); o entre entes públicos distintos (a lo que denominan delegación intersubjetiva)¹¹⁶.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, la delegación contemplada en el artículo 78 de la LPAG ha sido algunas veces interpretada como un mecanismo de deja abierta la posibilidad de una extensión de su alcance al ámbito de las personas jurídicas del régimen privado. Y es que, si bien el artículo 78 de la LPAG tiene su fundamento en la redacción del artículo 13 de la LRJAP (hoy, artículo 9 de LRJSP), contempla también determinadas variaciones en cuanto a la redacción del alcance subjetivo de dicha herramienta,

En efecto, de acuerdo al artículo 78 de la LPAG, se ha señalado expresamente que *“Las entidades pueden delegar el ejercicio de la competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a otro al interior de una misma entidad”*. Sobre el particular, la confusión por la que se alude a la posible aplicación de la delegación en entidades privadas, viene precisamente a partir de la misma definición que la norma hace respecto del término “entidad”, el cual, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la LPAG, comprende no solo a las típicas entidades públicas (como Ministerios, Organismos Públicos o Gobiernos Locales), sino también a *“las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado”*¹¹⁷.

Si bien el referido artículo I de la LPAG es claro en señalar que eventualmente pueden presentarse supuestos de ejercicio de funciones administrativas por delegación a particulares, no queda del todo claro que la referencia a dicha “delegación” sea la recogida

¹¹⁵ Ejemplo de ello es Fernández Ramos, para quien la fórmula de la delegación es el mecanismo que permitiría, dentro del marco legal español, el traslado por su titular del ejercicio de una función pública a los particulares. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pág. 533.

¹¹⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pág. 51-57.

¹¹⁷ Artículo I de la LPAG: *“Ámbito de aplicación de la ley. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: (...) 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.”*

en el artículo 78 de la norma, o si se trata más bien, como suele suceder, de terminologías indiscriminadamente utilizadas por el legislador para hacer referencia a una serie de supuestos jurídicos.

Ahora bien, muy aparte de los posibles cuestionamientos antes indicados (los que, a partir de una lectura literal, podrían hacernos creer que dicho mecanismo podría resultar aplicable en entidades privadas), lo cierto es que, en la actualidad, no hemos identificado ni un solo ejemplo práctico en el que se haya recurrido al mecanismo de la delegación para una actuación conjunta con los particulares. En efecto, no tenemos conocimiento de la existencia de supuestos fácticos en Perú de una delegación intersubjetiva de competencias o funciones en personas jurídicas privadas; lo cual nos permite concluir que estamos ante un mecanismo de colaboración que se desenvuelve estrictamente dentro del aparato estatal, tal como sucede con su antecedente recogido en la LRJAP.

Así, por ejemplo, el común de los casos que se pueden apreciar sobre la aplicación práctica de este mecanismo están relacionados a convenios de delegación entre Ministerios, Gobiernos Regionales, Municipalidades Provinciales, Municipalidades Distritales, Organismos Públicos Ejecutores o Especializados, entre otros; de modo tal que la práctica parece direccionarse a una aplicación de la delegación únicamente para relaciones entre entidades de derecho público.

En base a todos estos argumentos, podemos señalar las siguientes conclusiones preliminares en lo que se refiere a la supuesta aplicación de la delegación administrativa sobre particulares en el ordenamiento peruano:

- i) El marco normativo español de procedimiento administrativo, del cual se inspira la LPAG peruana, reguló el mecanismo de delegación únicamente para ser aplicado entre personas jurídicas de derecho público, y no para su eventual aplicación a personas jurídicas privadas. De este modo, siendo que la delegación del artículo 78 de la LPAG tiene su antecedente directo en el artículo 13 de la LRJAP (el cual únicamente hacía referencia a una aplicación entre órganos o entidades del Estado), el sentido del artículo 76 debería interpretarse inicialmente a la luz de dicha disposición;
- ii) Si bien es posible interpretar un ejercicio de funciones administrativas por delegación en virtud del artículo I del Título Preliminar de la LPAG, dicha afirmación tiene defectos de imprecisión, ambigüedad e insuficiencia, en la

medida en que la referencia a la delegación en otros cuerpos normativos se ciñe, usualmente, a una relación entre entidades u órganos de derecho público; y,

- iii) No se han presentado casos concretos de una aplicación de la delegación en virtud del artículo 78 de la LPAG en personas jurídicas de derecho privado, lo cual hace presumir una falta de intención de las Administraciones de valerse de este tipo de mecanismo para concretar sus eventuales formas de colaboración con los privados.

En consecuencia, somos de la opinión de que el mecanismo de la delegación administrativa está diseñado únicamente para armonizar una relación entre entidades de derecho público, dirigida al cumplimiento de una finalidad organizacional al interior de la Administración, y por ello, aplicable únicamente para relaciones interorgánicas (mismo ente público), o intersubjetivas (entre diferentes entidades del sector público); motivo por el cual no puede constituirse como un mecanismo idóneo para hacer viable la figura del EPCA aquí estudiada.

3.4. SOBRE LA ENCOMIENDA (O ENCARGO) DE GESTIÓN Y EL ENCARGO A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS

Como indicábamos ya anteriormente, la posibilidad de que la Administración lleve a cabo y ejecute actuaciones por medio de sus propios servicios sin la necesidad o la obligatoriedad de acudir necesariamente al mercado exterior o al sector privado ha sido reconocida desde hace mucho por el Derecho administrativo¹¹⁸.

Estos supuestos en los que la Administración utiliza sus propios medios para configurar modalidades de actuación para la atención de sus propias finalidades públicas se enmarcan dentro de los métodos de ordenación o técnicas de distribución funcional de las competencias administrativas, sobre los cuales ya hemos tratado como un primer ejemplo a la técnica de la delegación administrativa.

Ahora bien, la técnica de la encomienda (o encargo) de gestión constituye también un método de ordenación de la actividad administrativa, y, ante todo, un mecanismo de

¹¹⁸ BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y CASTRO RAIMÓNDEZ, Javier (2010). “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*. N° 51, pág. 67.

colaboración entre entidades de la Administración, que tiene su fundamento en el principio de colaboración administrativa y la potestad de auto-organización¹¹⁹ que se reconoce a determinados sujetos públicos.

La encomienda de gestión, en el ordenamiento peruano, tiene su antecedente directo en el artículo 15 de la derogada Ley 30/1992 (LRJAP), y actualmente se encuentra regulada en el artículo 11 de la Ley 40/2015, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Al respecto, el artículo 11 de la LRJSP recoge la técnica de la encomienda de gestión como un mecanismo diseñado para que las entidades u órganos del sector público puedan trasladar la realización de actividades de carácter material, técnica o de servicios a otras personas jurídicas u órganos para una mejor ejecución de las mismas.

De acuerdo al jurista español VILALTA REIXACH, la encomienda de gestión es *aquel instrumento jurídico a través del cual un órgano administrativo u entidad de derecho público encarga a un tercero, por razones de eficacia o idoneidad técnica, la realización de determinadas actividades materiales de su competencia, sin que ello suponga la transferencia de su titularidad ni de los elementos sustantivos de su ejercicio; actuando el encomendado por cuenta y bajo la responsabilidad de la entidad encomendante*¹²⁰. Se trata, como señala FERNÁNDEZ FARRERES, de un mecanismo racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas, que permite hacer compatible (al igual que la delegación) el principio de irrenunciabilidad de la competencia con la carencia de los medios materiales adecuados para su ejercicio, o para conseguir una mayor eficacia en su gestión¹²¹.

La encomienda de gestión responde esencialmente a la necesidad de flexibilizar o modular el carácter indisponible de las competencias administrativas en aquellos supuestos en que, de otro modo, se podría poner en riesgo el normal y correcto desarrollo de las funciones de las administraciones públicas¹²². En esta línea, PARADA VÁZQUEZ señala que los efectos de la encomienda de gestión consisten en atribuir por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, a otros

¹¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano (1991). “La potestad de autoorganización de la Administración local”. *Documentación Administrativa*. N° 228, pág. 15-16.

¹²⁰ VILALTA REIXACH, Marc (2012). *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, pág. 46.

¹²¹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1997). “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”. *Anuario del Gobierno Local*. N° 1, pág. 148.

¹²² VILALTA REIXACH, Marc. *Op.Cit.*, págs. 98-99.

órganos de la misma o de distinta Administración la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público¹²³.

Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR indica que la encomienda de gestión supone una modalidad limitada de traslación competencial entre órgano de una misma persona jurídica, como entre personas públicas distintas, en la que lo que se traslada es *el ejercicio de una potestad no en sus aspectos jurídicos, sino en los materiales*¹²⁴. Para GONZÁLEZ PÉREZ, la encomienda de gestión da lugar a la constitución de una relación jurídico-pública entre órganos u organizaciones personificadas de derecho público, destinada a encomendar la realización de una actividad material, técnica o de servicios de la competencia de la Administración encomendante, que no supone la transferencia de titularidad ni de su ejercicio¹²⁵.

Sobre la base de la doctrina antes citada, podemos concluir que la encomienda de gestión constituye un importante mecanismo de colaboración administrativa, en virtud del cual el encomendado se responsabiliza a realizar una determinada actuación material por expreso encargo del encomendante, sin alterar, como consecuencia de ello, la titularidad de las competencias asignadas a estos entes públicos.

Por su parte, en el ordenamiento peruano, la encomienda de gestión ha sido regulada bajo la denominación de “encargo de gestión”, mecanismo el cual fue desarrollado de manera genérica por primera vez en la LPAG, toda vez que no se encontraba en ninguna de las normas de procedimiento administrativo precedentes. En conformidad con ello, este mecanismo se encuentra recogido en el artículo 82 de la referida norma, el cual señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 82.- Encargo de gestión

82.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones

¹²³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1993). *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudios, comentarios y textos de Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons, pág. 107.

¹²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 362.

¹²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1991). *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, pág. 472-473.

de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

82.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

82.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

82.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.”

Como se puede apreciar, el artículo 82 de la LPAG recoge la técnica del encargo de gestión como un mecanismo diseñado para que las entidades u órganos del sector público puedan trasladar la realización de actividades de carácter material, técnica o de servicios a otras personas jurídicas para una mejor ejecución de las mismas. Esta técnica, como bien señala MORÓN URBINA en la doctrina peruana, supone una traslación operativa de la competencia que no alcanza a las actuaciones jurídicamente relevantes o decisorias (auténticas funciones públicas), sino únicamente a actividades funcionales desprovistas de elementos de potestades públicas¹²⁶.

Al igual que la delegación administrativa del ordenamiento peruano, y como indicamos ya anteriormente, el encargo de gestión tiene su antecedente directo en la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la derogada LRJAP, y hoy en el artículo 11 de la LRJSP. No obstante, la encomienda de gestión del ordenamiento español posee una diferencia subjetiva contundente respecto al encargo de gestión del marco legal peruano, el cual será revisado posteriormente.

En cualquier caso, el encargo de gestión tiene una regulación tan limitada (tanto en España como en Perú), que ha hecho que la simple determinación de las entidades públicas que pueden hacer uso de esta figura, o la delimitación de su ámbito objetivo, sean hoy en día cuestiones abiertas susceptibles de interpretaciones y aplicaciones prácticas muy diversas¹²⁷. A continuación, describiremos las dos vertientes esenciales del

¹²⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pág. 356.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 28.

encargo y de la encomienda de gestión, que son la vertiente objetiva (el contenido mismo del encargo), y la vertiente subjetiva (quiénes pueden encargar y quiénes pueden recibir el encargo), con el fin de disipar en gran medida las dudas que giran en torno a esta figura.

Tal como se advierte del artículo 11 de la LRJSP en el ordenamiento español, así como del artículo 82 de la LPAG en el ordenamiento peruano, la encomienda y/o encargo de gestión tendría como contenido objetivo el traslado de actividades con carácter material o técnico que son de competencia de un determinado órgano o entidad, hacia otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando el encomendante no posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma. En efecto, tanto el artículo 11 de la LRJSP como el artículo 80 de la LPAG desarrollan una doble dimensión del componente objetivo de la encomienda de gestión: por un lado, la naturaleza de las actividades encomendadas, y por el otro, las circunstancias o criterios que deben estar presentes al momento de hacer uso de este mecanismo.

En lo que respecta a la primera de ellas, tenemos que las actividades que, en virtud de dicha técnica se trasladan, serán siempre materiales o técnicas, de competencia de un determinado órgano o entidad. ¿Qué quiere decir esto? Una actividad material es, ante todo, una actuación práctica, concreta y fáctica. En este supuesto, el encomendante retiene cualquier tipo de facultad jurídica o decisoria de una actividad o función, y traslada únicamente el componente material, físico e instrumental de la misma¹²⁸.

Por otro lado, las actividades técnicas hacen alusión a prestaciones enfocadas en resolver, igualmente, situaciones materiales, toda vez que si bien pueden estar enfocadas en ciertas prestaciones un tanto especializadas (como lo sería, por ejemplo, el encargo técnico a una Agencia de fomento de la inversión para que lleve a cabo un proceso de selección en proyectos de servicios públicos), la naturaleza de estas prestaciones es también de tipo instrumental. Por ende, siendo un común denominador la presencia del carácter práctico e instrumental en las prestaciones de índole técnica y de servicios, para efectos del desarrollo de esta sección englobaremos dentro de la categoría de “prestaciones materiales” al objeto general de la encomienda de gestión.

Como indicamos, conforme al artículo 11 de la LRJSP y el artículo 80 de la LPAG, se puede advertir que este instrumento es utilizado cuando se encuentran presentes

¹²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.Cit., pág. 363.

determinados criterios de oportunidad y eficacia que ameritan su uso, de modo que, se entiende, una vez desaparecidas dichas circunstancias, debería también desaparecer la encomienda. Caso contrario, podrían generarse supuestos en los que, una vez atribuida determinada función material a un órgano o entidad, ésta se mantenga perenne por mucho tiempo sin que la entidad u órgano encomendante regularice su situación (o mejore su capacidad operativa para no tener que recurrir a este tipo de mecanismos).

En efecto, nada debería justificar que una encomienda de gestión dure tanto tiempo, en la medida en que, por su propia naturaleza, este tipo de mecanismos deberían responder a una necesidad transitoria del órgano o entidad correspondiente, que debe ser atendida en ese momento, pero que, en principio, debería ser ejercida por su titular. Siendo esto así, podemos entender que, si bien un órgano o entidad puede valerse de este tipo de mecanismos para atender una necesidad concreta, en paralelo deberían ir regularizando sus recursos materiales u operativos que más adelante le permiten por sí misma ejercer sus propias funciones sin la necesidad de recurrir a otros entes.

Ahora bien, más allá de este componente temporal de la encomienda de gestión, resulta también importante delimitar aún más el componente objetivo o contenido de este mecanismo, toda vez que la sola referencia a actividades materiales o técnicas sigue siendo bastante genérica e imprecisa, y da pie a numerosas interpretaciones sobre los límites de aplicación de esta técnica.

El ámbito objetivo de la encomienda de gestión facilita que su posible objeto pueda ser realmente variado, pudiendo llegar a incluir no sólo actividades de carácter *burocrático*, sino también actividades con un cierto contenido económico. No obstante, y como bien advierte VILALTA REIXACH, sí existe una importante limitación al objeto de la encomienda de gestión, el cual debe ser siempre de carácter *instrumental*, y debe limitarse a tareas de tipo eminentemente material que no impliquen la transferencia de potestades de carácter resolutorio¹²⁹.

Dicha precisión, cabe indicar (a diferencia de lo que sucede en la LPAG) sí fue debidamente recogida en el numeral 2 del artículo 11 de la LRJSP, en virtud del cual se dispone que *“La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del*

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 363.

órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda”. En este sentido, el contenido de la encomienda de gestión será siempre de naturaleza material (técnica o de servicios), es decir, de tipo *burocrática e instrumental*¹³⁰. Se trata de actividades desprovistas de elementos de potestad, pero que resultan importantes para el normal y eficaz desarrollo de la actividad administrativa.

El objeto de la encomienda de gestión, como bien advierte VILALTA REIXACH, no consistirá entonces en un traslado de *poder* público entre autoridades o entes en general, sino simplemente en *un encargo para la realización de determinadas actividades esencialmente materiales, sin trascendencia jurídica ad extra*¹³¹, esto es, actividades con un objeto meramente burocrático e instrumental.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en función al objeto que se persigue en el presente trabajo, podrá advertirse claramente que la encomienda de gestión no se configura como un mecanismo idóneo para el traslado de funciones públicas de autoridad a los particulares (bajo el mecanismo del EPCA), toda vez que su contenido recae únicamente –como ya indicamos– en actuaciones materiales o técnicas que resultan accesorias a las actividades de la Administración. Así, como bien advierte GALÁN GALÁN, mientras que la encomienda de gestión limita su objeto a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de la función pública pueden ir más allá, realizando una verdadera actividad jurídica¹³².

Esto quiere decir que el objeto de la encomienda, si bien está directamente vinculado al ejercicio de funciones administrativas complementarias, materiales y/o burocráticas, no llegan a alcanzar el carácter de auténticas potestades públicas de la Administración (en los términos de la fórmula de colaboración revisada en este trabajo).

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado anteriormente, consideramos importante revisar también el elemento subjetivo de la encomienda de gestión únicamente con fines

¹³⁰ Sánchez Sáez, aunque añadiendo un criterio jurídico de descentralización que no se comparte, señala que los criterios que justificarían la utilización de esta técnica serían criterios de eficacia (la posibilidad de llevar a cabo una actuación con menores costes, pero con la misma calidad) y razones de índole técnica (contar con los medios específicos o instrumentales necesarios para una determinada actuación). En: SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José (2004). “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. N° 53, pág. 252.

¹³¹ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pág. 279.

¹³² GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pág. 86.

comparativos, en tanto los marcos normativos de España y Perú presentan diferencias que consideramos vale la pena resaltar.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 11 de la LRJSP señala que *“La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”*.

Por un lado, tenemos al encomendante, que es el sujeto que realiza el encargo y que adquiere, en virtud de esta relación, el derecho a la ejecución de la prestación material de la que está necesitado y que, por carencia de medios o por razones de eficacia, no puede realizar por sí mismo¹³³. Y por el otro, está el encomendado, que es aquel sujeto que, mediante la formalización de la encomienda de gestión, se compromete a llevar a cabo, en nombre del encomendante, la actuación material que constituye el objeto de la relación de encomienda¹³⁴.

De una lectura del numeral 1 del artículo 11 de la LRJSP se entiende que, cuando la norma indica que la encomienda de gestión se aplicará en las *“actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público”*, se está refiriendo a un sujeto de la Administración pública, de la estructura del Estado. En este sentido, únicamente los sujetos públicos estarán facultados para hacer uso de este mecanismo.

En cuanto a los sujetos que pueden estar comprendidos dentro de la parte pasiva de la relación de la encomienda, el referido numeral indica que dichas actividades podrán ser encomendadas *“a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración”*. Debemos entender a partir del citado artículo que, en principio, cualquier entidad u órgano de la Administración puede ser titular pasivo de la encomienda de gestión, en la medida en que sus capacidades sean tales que permitan realizar eficaz y eficientemente las tareas encomendadas, o por lo menos, de mejor manera que la entidad

¹³³ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pág. 110.

¹³⁴ Ibídem, pág. 133.

activa (encomendante). Puede tratarse, por ejemplo, de una encomienda de gestión entre Ministerios o entre un Ministerio y un Ayuntamiento, entre otros supuestos.

Ahora bien, en el caso del ordenamiento peruano, el numeral 82.1 de la LPAG señala que *“la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia (...)”*; y asimismo, se dispone también, en el numeral 82.4, que *“mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo hagan aconsejable (...)”*.

Tenemos entonces que, por un lado, el encargo de gestión del ordenamiento peruano es de aplicación para las relaciones entre los órganos o entidades de la Administración pública, es decir, de la estructura misma del Estado y la Administración; y por el otro, sería también aplicable a relaciones entre la Administración y los particulares. Este último aspecto es claramente distinto respecto a su antecedente normativo del ordenamiento español, y también respecto al mecanismo de la delegación administrativa.

Ahora bien, una persona jurídica no estatal no necesariamente resulta una persona jurídica creada por el sector privado bajo régimen privado (por ejemplo, una empresa privada – sociedad anónima). Una persona jurídica no estatal puede tratarse también de un ente creado incluso por el Estado a través de una Ley, pero que por la naturaleza de su configuración no ingresa a la estructura orgánica del Estado. Es el caso (en el caso peruano) de las Corporaciones de Derecho Público, como los Colegios Profesionales (por ejemplo, el Colegio de Abogados de Lima o el Colegio de Ingenieros del Perú), y de otro lado, también a otros entes privados (creados por el sector privado) que eventualmente desempeñan ciertas funciones administrativas y tienen regulaciones específicas para dicha labor, como la Cámara de Comercio de Lima o la Cámara Nacional de Comercio del Perú, o la misma Bolsa de Valores de Lima.

Es claro que una empresa –sociedad anónima creada desde el mismo sector privado– constituye una persona jurídica no estatal, pero como dijimos, también encajarían algunos otros entes de derecho público como los Colegios Profesionales, los cuales por su naturaleza constituyen importantes receptores o partes pasivas de la relación del encargo de gestión. Siendo esto así, y desde nuestro punto de vista, cuando dicho artículo hace alusión a las personas jurídicas no estatales, alude a todas las personas jurídicas que

puedan encajar en dicho supuesto, en tanto no se distingue expresamente entre personas jurídicas no estatales públicas o privadas.

También podemos entender esto último a partir de la misma finalidad del encargo de gestión, que, como hemos visto, tiene como objetivo facilitar el ejercicio de ciertas actividades necesarias para la Administración, pero que no constituyen auténticas funciones públicas de *poder* o *autoridad*, sino meras actividades materiales susceptibles de ser realizadas, en principio, por quien tenga la capacidad suficiente para ello. De este modo, al no tratarse de funciones decisorias, potestativas, creemos que no existiría mayor reparo para permitirnos una interpretación amplia del numeral 82.4 del artículo 82 de la LPAG.

En este sentido, consideramos que en virtud del numeral 82.4 del artículo 82 de la LPAG, el ordenamiento ha regulado la posibilidad de que una entidad u órgano público encomiende el ejercicio de una actividad material (función administrativa simple) a personas jurídicas de origen y régimen privado.

Ahora, si bien resulta muy difícil encontrar convenios de encargo de gestión en el que la parte pasiva de la relación sea una auténtica empresa privada o persona jurídica privada en general (de hecho, no hemos identificado un caso concreto hasta la fecha) lo cierto es que la posibilidad existe, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la delegación administrativa.

La posibilidad de que el encargo de gestión sea aplicable a las relaciones con empresas privadas constituye una suerte de innovación propia del ordenamiento jurídico peruano respecto a su antecedente normativo recogido en el artículo 15 de la LRJAP, y hoy art. 11 de la LRJSP; cuya eficacia, no obstante, no ha sido posible comprobar o apreciar a partir de casos prácticos (que hubieran sido muy útiles revisar para ver si esta adecuación normativa realmente resultaba necesaria).

Siendo esto así, somos de la opinión de que el legislador peruano, atendiendo a la burocracia bastante arraigada en el funcionamiento de la Administración, quiso aprovechar la capacidad del sector privado para mejorar la atención de ciertos fines de la Administración (ya sea, siquiera, de manera potencial). Si la preponderancia desde hace algunos años fue la de valerse de las capacidades del sector privado para garantizar ciertas

prestaciones a los administrados, probablemente la Administración también haya visto por bien beneficiarse de dichas capacidades para atender sus propios fines.

Sobre esto último, debe tenerse presente que la encomienda o el encargo de gestión no se configura como un mecanismo destinado de forma principal para el ejercicio o ejecución de prestaciones directamente aprovechadas por los administrados. Su finalidad directa no es la de brindarle a una utilidad al administrado, sino más bien la de facilitarle y crearle un beneficio organizacional a la misma Administración, pues, como bien describe VILALTA REIXACH, *la posición jurídica del encomendado no se caracterizaría por la voluntad de asumir, bajo su propia responsabilidad, la prestación de un determinado servicio para la ciudadanía, sino que se parte de una perspectiva totalmente contraria: la encomienda de gestión supone la realización puntual de una determinada actividad material, técnica o de servicios hacia el encomendante*¹³⁵.

El encomendado no realiza, en virtud de la encomienda o encargo, una prestación hacia la ciudadanía o administrados en general, sino hacia la misma Administración, y específicamente, hacia el encomendante. El encargo o encomienda de gestión no busca, por ende, la prestación de un servicio al administrado¹³⁶, sino la ejecución de una actividad que el encomendante requiere realizar (y está obligado a realizar) para el normal desarrollo de sus actividades asignadas por ley. En la línea de lo señalado, la posibilidad de que el encargo de gestión abarque a los particulares dentro de su alcance subjetivo es coherente con la búsqueda de estos mecanismos de atención de los fines propios de la Administración, toda vez que, si ésta no puede por sí misma organizarse adecuada y eficientemente, nunca está demás apoyarse en las virtudes del mismo sector privado.

Bajo este escenario, los privados colaboran con la Administración para la atención de los fines propios de ésta. De ahí que podamos afirmar, con seguridad, que las entidades colaboradoras de la Administración lo son sobre varios ámbitos de actuación, y no sólo sobre los clásicos supuestos de colaboración en la prestación de servicios públicos o ejecución de obras de infraestructura pública.

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 101.

¹³⁶ Cabe resaltar que la encomienda de gestión no puede configurarse como un modo de gestión de los servicios públicos. Como señala Vilalta Reixach, el carácter restrictivo con el que se define a esta institución y, sobre todo, los presupuestos concretos de falta de eficacia o de carencia de los medios materiales necesarios que habilitan para su ejercicio, impiden que ésta pueda configurarse como una de las formas normales u ordinarias de prestación de los servicios públicos por parte de las diferentes Administraciones previstas en el ordenamiento. En: *Ídem*.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe quedar en claro que, pese a la posibilidad de que, en el ordenamiento peruano, el encargo gestión pueda ser replicado en entidades del sector privado, lo cierto es que dicho mecanismo no se corresponde con la fórmula que hemos venido revisando en este trabajo, toda vez que (como ya indicamos anteriormente), la encomienda o encargo de gestión se sustenta únicamente en el traslado de funciones que resultan accesorias o complementarias a las Administraciones, es decir, que no son sustantivas ni esenciales; y por lo mismo, no podrían configurarse como auténticas funciones públicas de autoridad encomendadas a privados para su ejercicio en colaboración con la Administración.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, cabe revisar un mecanismo que se encuentra presente en el ordenamiento español (el cual no ha sido replicado, por lo menos hasta la fecha, en el ordenamiento peruano) denominado “encargo a medios propios personificados”, el mismo que se encuentra recogido en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”) según el siguiente tenor:

“Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.”

La figura de los medios propios, como bien señala CANEDO ARRILLAGA, se refiere a los supuestos en que una Administración atiende a sus necesidades de suministro de bienes, servicios u obras, recurriendo a sus propias capacidades en lugar de acudir al mercado, pero, en lugar de acudir a la prestación directa, se vale de entidades

instrumentales con las que le vincula una relación de dependencia¹³⁷. De este modo, en lugar de seleccionar operadores que realicen las prestaciones por medio de procesos de licitación o contratación, la Administración crea o emplea una entidad dependiente que realiza las tareas encomendadas sin que exista un proceso competitivo previo.

Al respecto, podemos entender que el referido mecanismo de los medios propios abarca características similares al de la encomienda de gestión del artículo 11 de la LRSJP. No obstante, ambas figuras se diferenciarían básicamente en tres aspectos concretos:

- (i) Mientras el artículo 11 de la LRJSP señala expresamente que la encomienda de gestión no podrá tener como objeto las prestaciones propias de los contratos públicos, el artículo 32 de la LCSP regula la utilización del mecanismo de los medios propios para la ejecución de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios (es decir, contratos regidos por la LCSP).
- (ii) Mientras la encomienda de gestión se limita a una interrelación entre entidades u órganos de la Administración Pública, el medio propio permite, además, la colaboración de personas jurídicas regidas por el derecho privado.
- (iii) Finalmente, mientras la encomienda de gestión se formaliza en virtud de un convenio suscrito, en principio, por voluntad de los intervinientes, el medio propio carecería de dicha autonomía, en tanto se trataría principalmente de una relación de dependencia entre los intervinientes.

Ahora bien, tal como señalan AMOEDO-SOUTO y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, el artículo 32 de la LCSP no parece establecer, de forma muy clara, el alcance concreto del mecanismo de los medios propios o, mejor dicho, los límites que podría resultar aplicables en la utilización de este mecanismo¹³⁸. Sin perjuicio de ello, podemos formarnos alguna idea respecto a que, por lo menos, uno de los límites concretos en la utilización de este tipo de mecanismo es la inviabilidad en el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Esta limitación, por ejemplo, habría sido expresamente definida dentro de la regulación del alcance de las funciones del medio propio por excelencia, la Empresa de

¹³⁷ CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (2020). “Medios propios y competencia en España”. En: *Economía industrial*. N° 415, pág. 67.

¹³⁸ AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel (2019). “*El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios.*” *Revista de Administración Pública*. N° 210, pág. 419.

Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), tal como se aprecia de la disposición vigésimo cuarta de la LCSP.

Pese a lo anterior, en muchas ocasiones será de suma dificultad identificar los supuestos específicos en los que, como consecuencia de determinado encargo a un medio propio, se esté incluyendo dentro de sus alcances el potencial ejercicio de una potestad inherente a los poderes públicos. Así, por ejemplo, vale la pena hacer referencia a la crítica efectuada por determinada doctrina a una reciente Sentencia emitida por la sección 5º de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, del 14 de septiembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Supremo rechazó de manera enfática la pertinencia de recurrir al mecanismo de los medios propios para encomendar la ejecución de ciertas etapas de los procedimientos administrativos sancionadores (de cargo de la Confederación Hidrográfica del Guadiana y encomendados a la empresa pública TRAGSATEC), como es la revisión de los expedientes, valoración de las alegaciones, elaboración de pliegos de cargos, proyectos de resolución, entre otras. Actuaciones las cuales constituirían elementos propios del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Al respecto, la crítica a esta STS recae, precisamente, en la ausencia de una debida delimitación (concreta y precisa) sobre el alcance y límites establecidos al objeto de este tipo de mecanismos, toda vez que no resulta del todo claro que la encomienda de dichas actuaciones procedimentales constituyan específicas atribuciones inherentes a los poderes públicos e indisponibles en su esencia (por lo menos, a través de este mecanismo)¹³⁹.

Siendo esto así, y más allá de las ambivalencias y zonas grises aún no delimitadas en relación al mecanismo de los medios propios, consideramos que esta figura tampoco parecería incluir dentro de su contenido y alcance el ejercicio de potestades y/o funciones públicas de las Administraciones, motivo por el cual no nos animaríamos en proponerlo como el medio más idóneo para la concreción de estas formas de colaboración.

3.5. SOBRE LA ACREDITACIÓN ADMINISTRATIVA

¹³⁹ AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto (2020). *Con los expedientes al cuello: El impacto de la STS de 14 de septiembre de 2020 en la derivación de expedientes administrativos a medios propios personificados*. [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2021]. <<http://www.obcp.es/opiniones/con-los-expedientes-al-cuello-el-impacto-de-la-sts-de-14-de-septiembre-de-2020-en-la>>

Como se ha visto anteriormente, el ordenamiento jurídico peruano (y creeríamos, también el español, aunque con matices y excepciones) no tiene diseñado un instrumento específico para cubrir este tipo de escenarios de colaboración. En efecto, el marco legal peruano no posee un instrumento estructurado y dirigido específicamente a atender los casos de un traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares (EPCA), ni tampoco posee normas sectoriales o especiales (si quiera generales) que desarrollen de manera suficiente los supuestos de entidades privadas colaboradoras de la Administración.

Sobre la base de dicha premisa, realizamos una evaluación de los posibles instrumentos legales que ambos marcos normativos contemplan y que, por sus características, podrían haber servido de medio para canalizar estas formas de participación público-privada. Elegimos describir los mecanismos de la autorización, concesión, delegación y encargo de gestión por ser los que, a nuestro criterio, se encuentran mayormente vinculados a la figura misma del EPCA, sea porque son continuamente utilizados para atender dichos escenarios (como la autorización y la concesión), o ya sea porque su objeto mismo está directamente comprometido con las funciones público administrativas de la Administración (delegación y encargo o encomienda de gestión).

No obstante, y como se ha podido apreciar, ninguno de los instrumentos descritos anteriormente se ajustó de manera suficiente a la estructura del EPCA, ya sea por impedimentos de índole teórica (autorización y concesión) o elementos de carácter normativo y hasta práctico (delegación y encargo de gestión), los cuales imposibilitaron dar una respuesta positiva a la pregunta sobre qué mecanismo jurídico sería el ideal para estos escenarios. Pese a lo anterior, consideramos que existe un mecanismo legal que resulta de suma utilidad jurídica y práctica para efectivizar (si bien de forma complementaria a otros mecanismos) el traslado de funciones públicas al sector privado, y este es la acreditación administrativa.

La acreditación es un sistema utilizado de manera regular por algunos ordenamientos (como el español) para habilitar a empresas privadas en el ejercicio de determinadas funciones públicas. Este mecanismo, que ya fue referido brevemente en la sección de la autorización administrativa del presente capítulo, implica una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto (que sería, en este caso, la entidad privada colaboradora) cumple con determinados requisitos para

ejercer una actividad en específico¹⁴⁰. Como señala GALÁN GALÁN, estos requisitos tienen como finalidad garantizar que dicho sujeto posee la capacidad técnica y financiera necesaria para llevar a cabo la actividad comprometida, así como una imparcialidad y objetividad adecuada en la realización de dicha actividad¹⁴¹.

Ejemplos de este mecanismo, por lo menos dentro del ordenamiento español, los encontramos en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, mediante el cual se contempla el régimen de habilitación para el acceso y ejercicio de la actividad de los Organismos de Control, a través de mecanismos de acreditación previa por parte de entidades nacionales de acreditación y posterior declaración responsable.

De acuerdo a la referida norma, los Organismos de Control son personas físicas o jurídicas que, teniendo capacidad de obrar y disponiendo de los medios técnicos, materiales y humanos e imparcialidad e independencia necesarias, pueden verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos de seguridad establecidos en los reglamentos de seguridad para los productos e instalaciones industriales. En este sentido, la norma contempla que la valoración técnica del cumplimiento de los requisitos y condiciones exigibles a dichos Organismos de Control será realizada por una entidad nacional de acreditación, la misma que estará encargada de verificar y certificar la competencia técnica de dichos entes, sin perjuicio de la competencia administrativa para comprobar el cumplimiento de los requisitos administrativos.

Así también, el artículo 19 de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, reconoce la participación de entidades colaboradoras de certificación para el ejercicio de funciones de comprobación, informe y certificación, entidades las cuales deberán encontrarse previamente acreditadas e inscritas en el registro de entidades colaboradoras de certificación.

Sobre el particular, el artículo 20 de la referida norma establece que la acreditación de entidades colaboradoras de certificación corresponderá al Departamento competente en materia de Administración Pública, quien podrá acreditar tanto a los colegios profesionales como a toda clase de personas jurídicas legalmente constituidas, previa comprobación de los requisitos estipulados por la norma.

¹⁴⁰ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pág. 87.

¹⁴¹ *Ibíd*em, pág. 90.

De igual forma, la utilización de este mecanismo parece estar presente, aunque no de forma expresa, en los artículos 91 y 92 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, por medio de los cuales se ha regulado el régimen de las entidades colaboradoras de Cataluña.

Al respecto, dicho régimen permite que las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Cataluña encomienden el ejercicio de funciones públicas de inspección y control a entidades colaboradoras (esto es, entidades técnicas especializadas, públicas o privadas, y con personalidad jurídica propia) debidamente habilitadas mediante resolución administrativa dictada por el órgano competente, en virtud de la cual se declara la aptitud y la capacidad de la entidad colaboradora y de su personal técnico para el ejercicio de la función encomendada.

Conforme a lo antes descrito, la acreditación parecería ser, a primera vista, un mecanismo idéntico a la autorización administrativa. Ambos instrumentos corroboran el cumplimiento de ciertos criterios y requisitos, y luego de confirmar la presencia de éstos, se componen en una resolución o declaración de la Administración que habilita al interesado para ejercer la actividad correspondiente. No obstante, entre la acreditación y la autorización existe una diferencia significativa y determinante, que tiene que ver precisamente con el origen mismo de la actividad comprometida.

Mientras la autorización es una técnica de intervención administrativa que lleva a cabo un control preventivo del ejercicio de actividades privadas, y en la que la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar dicha actividad¹⁴²; la acreditación implicaría el reconocimiento de la Administración de que cierto sujeto o persona jurídica cuenta con la calidad y las aptitudes (*auctoritas*) suficientes para realizar una actividad sobre la cual no cuenta con un derecho preexistente.

El sistema de autorización verifica que un determinado solicitante cumple con las especificaciones exigidas por el ordenamiento para que luego de la correspondiente verificación, se habilite a dicho administrado para la realización de la actividad de la cual ya posee un derecho previo. En la autorización, hay un derecho previo del administrado, un derecho para realizar una actividad económica libre, de modo que ésta sirve como un control-habilitación para que quienes opten por ejercer la actividad en cuestión lo hagan

¹⁴² LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas, pág. 37.

bajo los estándares y reglamentaciones correspondientes, en aras de tutelar el interés público.

En la acreditación (sostenemos a partir de la doctrina revisada¹⁴³) no existe un derecho previo para el ejercicio de la actividad, situación contraria al caso de las autorizaciones. Puede tratarse de actividades cuyos medios son notoriamente empresariales (como la ITV), pero en general se trata usualmente de funciones de la Administración ligadas a sectores de control ambiental, industrial, entre otros. Sin embargo, el sistema de acreditación no se limita a verificar la existencia de ciertos requisitos o exigencias del ordenamiento, sino que da conformidad de que cierto sujeto posee aptitudes superiores o especializadas en determinados sectores, y por lo mismo, dicho sujeto obtiene las credenciales suficientes del Estado para ejercer una específica actividad compleja.

En resumen, podría decirse que mientras la autorización se limita a constatar la presencia de determinados requisitos susceptibles de ser obtenidos por la uniformidad de los administrados, la acreditación va más allá de esta constatación para exigir no sólo la presentación de determinada documentación, sino también para exigir que el administrado tenga las aptitudes, credenciales o especializaciones correspondientes a la actividad que se pretende ejercer. Adicionalmente, es de resaltar el hecho que mientras en el sistema de autorizaciones la Administración no tiene un interés directo o necesidad específica en cuanto al ejercicio de la actividad solicitada (la cual es de único o principal interés de quien solicita la autorización), en la acreditación parece estar siempre presente un interés subyacente de la Administración para que la actividad en cuestión se realice, y de la mejor manera posible.

Ahora, si la acreditación se vincula a una constatación de aptitudes, es decir, del cumplimiento de ciertos estándares y especialidades requeridas por la Administración para una actividad en específico, y que estas a su vez sean superiores a las de otros administrados; ¿no sería éste un sistema muy parecido al de la concesión administrativa? Tanto la concesión como la acreditación constituyen sistemas que de alguna u otra forma buscan limitar la concurrencia de personas que ejerzan determinada actividad. En la concesión existen procedimientos de convocatoria, selección y adjudicación específicos para que la Administración elija al mejor postor entre varios posibles.

¹⁴³ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pág. 87; y, CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Op.Cit., págs. 183-186.

En la acreditación, de similar forma, la Administración verifica que determinado administrado cuenta con aptitudes distintas y especialmente valoradas para realizar una actividad en concreto. Si bien el sistema no parece estar diseñado para que sea sólo un determinado administrado el que realice la actividad, el sólo hecho de exigir ciertas características y niveles del ejerciente configura de por sí una forma indirecta de limitar la concurrencia.

Ambas figuras tienen sus pros y contras. Recordemos, para empezar, que la concesión administrativa es una figura orientada específicamente a actividades económicas y no funcionales. Pero independientemente de este obstáculo meramente teórico, lo cierto es que, al manifestarse en un acuerdo contractual, dicho mecanismo brinda suficientes garantías y seguridades para el administrado que probablemente no tendría bajo un mero procedimiento de acreditación. De por sí, el sistema concesional posee una regulación sectorial y reglamentaria extensa, mientras que el sistema de acreditación tiene una regulación plasmada principalmente en normativas especiales y/o sectoriales, más específicas que genéricas (por lo menos en lo que se refiere al ordenamiento español, como se vio anteriormente, ya que en el ordenamiento peruano la regulación de este mecanismo es de lo más austera tanto genérica como específicamente). Siendo esto así, existe quizá una menor seguridad jurídica, la cual se ve acentuada por la ausencia de cláusulas contractuales que regulen las situaciones jurídicas de las partes Administración – acreditado.

No obstante, puede alegarse en favor de la acreditación el hecho de que este mecanismo constituiría un instrumento más flexible y dinámico que la concesión. Mediante un sistema de acreditación se evitaría someter la actividad comprometida al engorroso sistema de licitación o concurso público bajo las normas de Contratación Pública, y de este modo (creemos) las necesidades de la Administración y el interés público podrían ser atendidos de manera más eficaz y rápida, siempre de la mano, claro está, de un buen sistema de control y supervisión.

Atendiendo a lo antes señalado, somos de la opinión que la acreditación, pese a ser bastante dinámica, no es un título lo suficientemente fuerte para garantizar por sí mismo un traslado efectivo de funciones públicas a los particulares, y ello debido a su propia naturaleza, que la configura más como un mecanismo de constatación de aptitudes que un mecanismo “habilitador” en sí mismo. No obstante, su utilidad es indiscutible al

momento de realizar estos traslados, es decir, su propia naturaleza la convierte en un mecanismo de gran utilidad que, quizá de manera complementaria, coadyuve a un real traslado de estas funciones de forma correcta y eficaz. En consecuencia, la acreditación puede configurarse como un mecanismo complementario y de suma utilidad (práctica y teórica) para el traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares.

Por lo tanto, en lo que se refiere específicamente al ordenamiento jurídico peruano (en el cual ha habido muy poco desarrollo de estas fórmulas de colaboración), creemos que podría apostarse por fomentar más la utilización de este tipo de sistemas de forma complementaria a los mecanismos ya existentes de participación con los privados (que son la autorización y la concesión). Por ello, somos de la opinión de que, ante la falta de un mecanismo específicamente diseñado para los supuestos de EPCA, y ante la carencia de suficiente regulación normativa, desarrollo jurisprudencial e investigación académica respecto a estas formas de colaboración, lo mejor es que el ordenamiento peruano se adecúe utilizando los instrumentos a su alcance que mejor se acomoden a cada caso.

Y no estaría demás que este ordenamiento (el peruano) desarrolle de forma más exhaustiva el sistema de acreditación para distintas actividades funcionales distribuidas en los diferentes sectores que maneja el Estado (ambiente, energía, sanidad, justicia-penales, etc.). Para ello, resultaría de suma utilidad replicar ciertos modelos identificados en el ordenamiento español, como es el de la estipulación, vía norma legal, de un régimen de acreditación (pública o privada) para que determinadas personas jurídicas puedan verse habilitadas en el ejercicio de funciones de certificación, control, inspección y demás funciones propias de organismos públicos, sin perjuicio de que –complementariamente– pueda requerirse una subsecuente autorización o declaración responsable para el pleno ejercicio de la actividad, así como la formalización de algún contrato administrativo con la entidad titular de la función pública, de ser el caso.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de lo desarrollado a lo largo de la presente investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- I. El ejercicio de funciones públicas por Entidades privadas colaboradoras de la Administración (EPCA), es ante todo una fórmula de colaboración amparada por el Derecho administrativo y reconocida principalmente por la doctrina española, que pretende englobar una serie de supuestos en los que la Administración traslada a los particulares la facultad de realizar ciertas funciones públicas, para obtener con ello un mejor resultado al que se produciría si dicha actividad hubiera sido realizada directamente por aquella.
- II. La técnica, la eficacia y el riesgo impulsan la existencia de una serie de formas de participación de los privados con la Administración, las cuales se fundamentan, principalmente, en la necesidad de los Estados de garantizar la correcta realización de las actividades complejas, y de contar con políticas públicas e instrumentos normativos idóneos que sean coherentes con el avance de la ciencia y tecnología. De acuerdo a estos fundamentos, se explica el razonamiento por medio del cual un privado estaría legitimado para participar en el ejercicio de determinadas actividades de la Administración, que, más allá de los clásicos supuestos de prestación privada de servicios públicos, se enfocan en las mismas actividades funcionales de la Administración Pública.
- III. Sostenemos que las funciones públicas (objeto mismo del EPCA) son un tipo de funciones administrativas cargadas de las siguientes características y elementos: i) son actuaciones administrativas principales y no complementarias; ii) atienden de forma directa a la consecución de un interés público concreto, contextualizado e identificado; y, iii) se valen del uso de concretas potestades públicas o de autoridad.
- IV. Las funciones públicas se diferencian de la institución del servicio público y de las actividades económicas en general. No obstante, las funciones públicas pueden, eventualmente, estar bastante vinculadas a determinadas actividades comerciales, sin que ello suponga una confusión de conceptos; toda vez que una cosa son las funciones públicas en sí mismas, y otra muy diferente son los *medios* a través de los cuales dichas funciones se pueden expresar, los cuales pueden ser auténticas actividades comerciales y económicas (como el caso de las ITV).

- V. A falta de un mecanismo diseñado teórica y normativamente para viabilizar el traslado del ejercicio de las funciones públicas a manos de entidades privadas colaboradoras, somos de la opinión de que el ordenamiento jurídico debería ser lo suficientemente flexible como para valerse de los distintos instrumentos que tiene a disposición, en función a cada actividad y contexto específico. En este sentido, muy independientemente de los obstáculos teóricos y legales que encontremos, las Administraciones han venido trasladando sus funciones públicas y administrativas a través de distintos títulos jurídicos, demostrándose con ello que la práctica jurídica ha superado con creces el desarrollo dogmático en cuanto a estas figuras.
- VI. En la medida en que no existen derechos preexistentes sobre las funciones públicas de la Administración, y en general, sobre la actividad funcional del Estado, la autorización, como técnica de traslado de funciones a los particulares, debería ser en principio descartada. No obstante, desde un plano económico y práctico la autorización puede resultar un instrumento útil para ciertos supuestos de ejercicio de funciones públicas por privados. Y resulta útil, precisamente, cuando la función pública materia de traslado va tomando características de una actividad económicamente competitiva al materializarse en el plano práctico (como es el caso de actividades de control industrial como las ITV).
- VII. La concesión administrativa únicamente se vincula a actividades de naturaleza económica excepcionalmente excluidas de la libre iniciativa privada. Este mecanismo crea derechos únicamente en actividades que son susceptibles de generar derechos en los ciudadanos, como lo es precisamente la actividad económica. No obstante, la concesión, pese a las falencias teóricas presentes en su relación con el EPCA, es un mecanismo de mucha utilidad cuando la función pública que se traslada implica la construcción y/u operación de una infraestructura pública (como es el caso, por ejemplo, de las infraestructuras penitenciarias). La concesión se configuraría, entonces, como un medio de suma utilidad para restringir el número de ejercientes y para brindar mayor seguridad jurídica mediante la regulación de todos los ámbitos económicos y legales en el respectivo contrato. Por ende, somos de la opinión de que el sistema concesional debería aplicarse en los casos en que el ejercicio de una función pública por parte de la entidad privada colaboradora implique la utilización, operación y/o explotación de una infraestructura pública.

- VIII. La delegación administrativa no es un mecanismo aplicable a los supuestos del EPCA, toda vez que aspectos de índole normativo, práctico, teórico terminan descartando su aplicación a los casos de colaboración de privados en el ejercicio de funciones públicas.
- IX. El contenido de la encomienda de gestión (España) y encargo de gestión (Perú) será siempre de naturaleza material (técnica o de servicios), es decir, de tipo *burocrática e instrumental*. No se trata de auténticas funciones públicas revestidas de *poder o potestades públicas*, sino únicamente de funciones instrumentales, complementarias, accesorias a actividades principales de la Administración, de modo que quedaría descartado su uso para la figura del EPCA.
- X. El sistema de acreditación se configura como un mecanismo interesante y eficaz para viabilizar, a manera de complemento, el traslado de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras, sistema el cual viene siendo utilizado de manera regular por algunos ordenamientos. Este mecanismo, implica una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto (que sería, en este caso, la entidad privada colaboradora) cumple con determinados requisitos para ejercer una actividad en específico. La acreditación implica el reconocimiento de la Administración de que cierto sujeto o persona jurídica cuenta con la calidad y las aptitudes (*auctoritas*) suficientes para realizar una actividad sobre la cual no cuenta con un derecho preexistente. No se limita a verificar la existencia de ciertos requisitos o exigencias del ordenamiento, sino que da conformidad de que cierto sujeto o entidad posee aptitudes superiores o especializadas en determinados sectores, y por lo mismo, obtiene las credenciales suficientes del Estado para ejercer una específica actividad compleja. Por ello, este mecanismo puede aplicarse complementariamente a otros como los contratos o las mismas autorizaciones (caso de las ITV), haciendo un trabajo casi completo en la mecánica del traslado de las funciones, sin llegar a ser un título que por sí solo traslade completamente aquellas.
- XI. De este modo, la acreditación puede configurarse como un mecanismo complementario para viabilizar el efectivo y correcto traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares (claro está, sin que por sí sólo sea un título que traslade dichas funciones). Y en nuestra opinión, consideramos que el ordenamiento jurídico peruano podría apostar de manera progresiva por

fomentar la utilización de este tipo de sistemas para regular los eventuales escenarios de las entidades privadas colaboradoras de la Administración.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA PUYOL, Antonio (2010). *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores.

AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel (2019). “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”. *Revista de Administración Pública*, N° 210, págs. 393-432.

ANDRÉS AUCEJO, Eva (2014). *La colaboración social en el procedimiento de recaudación tributaria italiana: el ejercicio privado de las funciones públicas de recaudación tributaria en Italia*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993). *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Editorial Comares.

BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo (2014). “La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos”. *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía – Universidad Externado de Colombia*. N° 41, págs. 51-65.

BLANQUER CRIADO, David (2012). *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CANALS I AMETLLER, Dolors (2003). *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares.

CANALS I AMETLLER, Dolors (2010). “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. En: GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C. (coord.). *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Barcelona: Editorial Huygens, págs. 63-104.

CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (2020). “Medios propios y competencia en España”. *Economía industrial*, N° 415, págs. 67-87.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2016). “Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental”. *Revista de Fomento Social*. N° 281, págs. 247-259.

DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2005). *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis (1959). “La delegación de competencia”. *Revista Documentación Administrativa*. N° 24, págs. 17-26.

DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis (1963). “La competencia administrativa y su ejercicio delegado”. *Revista Documentación Administrativa*. N° 70, págs. 23-69.

ESTEVE PARDO, José (1999). *Técnica, Riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Editorial Ariel.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1967). “Inscripciones y Autorizaciones Industriales”. *Revista de Administración Pública*. N° 52, págs. 421-446.

GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (2009). “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. *Anuario de Derecho Municipal*. N° 2, págs. 67-80.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2014). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Décimo primera edición. Madrid: Editorial Tecnos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989). “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Editorial Civitas, págs. 437-452.

GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

GARRIDO FALLA, Fernando (1994). “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*. N° 135, págs. 07-36.

GIMENO FELIU, José María (2017). “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo.” *Cuadernos de Derecho Local*. N° 43, págs. 31-78.

GIMENO FELIU, José María, SALA SÁNCHEZ, Pascual y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2017). *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada: fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona.

GORDILLO, Agustín (2000). *Tratado de derecho administrativo*. Tomos I, II, III y IV. Cuarta edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

HUAPAYA TAPIA, Ramón (2011). “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. *Derecho & Sociedad*. Año 22, N° 36, págs. 93-102.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989). “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. N° 243, pág. 563-610.

MALARET I GARCÍA, Elisenda (1988). “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”. *Revista de Administración Pública*. N° 116, pág. 287-340.

MARTÍN MATEO, Ramón (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Vigésimo cuarta edición. Navarra: Editorial Aranzadi.

MARTIN TIRADO, Richard (2011). “El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública”. *Revista Derecho & Sociedad*. Año 22, N° 36, págs. 103-119.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1997). “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”. *Revista de Administración Pública*. N° 144, pág. 45-74.

MORÓN URBINA, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1992). *Derecho Administrativo*. I, II y III. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1991). “La potestad de autoorganización de la Administración local”. *Revista Documentación Administrativa*. N° 228, págs. 13-44.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1992). *Manual de Derecho Administrativo*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel.

REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco (2016). “La actividad administrativa”. En: REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J. (dirs.). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, págs. 59-81.

ROJAS CALDERÓN, Christian (2007). “Ejercicio de funciones públicas por particulares. El caso de las juntas de vigilancia”. *VV.AA. 2007, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Lexis Nexis, págs. 01-07.

https://www.academia.edu/4571973/Ejercicio_por_particulares_de_funciones_publicas._El_caso_de_las_juntas_de_vigilancia_VV.AA._2007_Actas_de_las_XXXIV_Jornadas_de_Derecho_P%C3%BAblico._Santiago_Lexis_Nexis_?auto=download

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

SANZ RUBIALES, Íñigo (2004). *Poder de Autoridad y Concesión de Servicios Públicos Locales*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública / Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales.

VILALTA REIXACH, Marc (2012). *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi.

VILLAR PALASÍ, José Luis (1952). *Concesiones Administrativas. Voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Barcelona: Francisco Seix Editor.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1951). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.