

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS: ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS(*)

FRANCISCO JAVIER GALICIA MANGAS
Profesor asociado doctor de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.– II. RAZONES, CAUSAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS.– III. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTA COLABORACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.– IV. MECANISMOS LEGALES PARA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESTE ÁMBITO: 1. La técnica autorizatoria. 2. Las técnicas contractuales. 3. Las técnicas convencionales. V. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: RASGOS DEFINITORIOS O CARACTERÍSTICOS DE ESTAS ENTIDADES. VI. RECLAMACIONES Y RECURSOS CONTRA LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: 1. Consideraciones previas. 2. Fase de reclamación ante la entidad colaboradora. 3. Fase de recurso ante la Administración. 4. Impugnación de la resolución administrativa.– VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Tras una breve introducción relativa a los antecedentes y evolución de las fórmulas de colaboración público-privadas en el ejercicio de labores inspectoras, el estudio se centra en algunos de los puntos que han sido objeto de mayor debate y análisis, como las razones y fundamentos legales de dicha colaboración, su naturaleza y consecuencias jurídicas, los mecanismos legales a través de los cuales se puede vehicular este tipo de relación, o las reclamaciones y recursos contra las decisiones de las entidades colaboradoras.

No se mencionan, pues, diversos aspectos como los relativos al procedimiento de habilitación, el régimen legal, la retribución de las entidades colaboradoras y otros que, dado el carácter fragmentario y excesivamente disperso de la normativa y las limitaciones de tiempo y de espacio de la tarea, hacen inviable su estudio.

Palabras clave: inspección; colaboración público-privada; problemas jurídicos.

ABSTRACT: After a brief introduction regarding the antecedents and evolution of public-private collaboration formulas in the exercise of inspection duties, the study focuses

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 18/05/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 02/06/2022.

on some of the points that have been the subject of greater debate and analysis, such as the reasons and legal grounds of such collaboration, its nature and legal consequences, the legal mechanisms through which this type of relationship can be conveyed, or the claims and appeals against the decisions of the collaborating entities.

Therefore, we haven't mentioned various aspects such as those related to the qualification procedure, the legal regime, the remuneration of the collaborating entities and others that, given the fragmentary and excessively dispersed nature of the regulations and the limitations of time and space of the task, make their study unfeasible.

Key words: *inspection; public-private collaboration; legal issues.*

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La colaboración público-privada no es, ni mucho menos, un fenómeno novedoso, aunque bien nos lo pueda parecer por su creciente expansión y progresivo ámbito de actuación (1).

Ya en 1845, P. SAINZ DE ANDINO (2), aludía al ejercicio en el orden civil de la sociedad de «*atribuciones privadas que se hallan establecidas y reglamentadas por ley en beneficio común y servicio del Estado*». Completaba esta idea aludiendo al hecho de que dichas actividades debían tener por objeto un servicio público, ser instituidas legalmente, y tener establecidas en su norma de creación las atribuciones correspondientes. Pero, a diferencia del servicio prestado por funcionarios públicos, no existía estrictamente en dicha fórmula de colaboración un «*ejercicio de atribuciones peculiares de la acción gubernativa o administrativa del Estado*».

De esta idea derivó, y arraigó con posterioridad en nuestro país, el concepto de «*ejerciente privado de funciones públicas*», frecuente asimismo en el Derecho Europeo (3).

Algunas actividades profesionales actuales como notarios, comandantes de aeronaves, prácticos de puertos o agentes privados de seguridad, se integrarían sin dificultad en esta categoría anteriormente explicada (4).

(1) En esta misma idea insiste D. CANALS I AMETLLER (2003: 91 y 92), proponiendo ejemplos como los relativos a las entidades colaboradoras en la gestión urbanística, o las entidades bancarias y Cajas de Ahorros en relación con la recaudación de impuestos o la colaboración en la gestión tributaria.

(2) Véase P. SAINZ DE ANDINO (1845:144).

(3) Véase G. ZANOBINI (1955: 87 y ss.).

(4) Para un estudio más detallado de estas cuestiones, véase F. SAINZ MORENO (1983: 1699 a 1783).

Cierto es que el objeto de este estudio lo marca un ámbito concreto y definido de dicha colaboración, como es la labor inspectora, pero debe advertirse que no es posible ceñirse a una evolución puramente cronológica pues, como bien podrá observarse, se entremezclan en la normativa y en el tiempo, fórmulas de participación ciudadana, de colaboración, y los primeros atisbos de privatización de servicios y funciones públicas.

Y en este sentido, hasta fechas más recientes, la cooperación privada no solía ir más allá de la información o denuncia facilitada a la Administración en algunos supuestos, o de la simple participación ciudadana en asuntos públicos, como en el caso de la protección de animales domésticos, a través de sus asociaciones de protección y defensa, previa obtención del título de entidades colaboradoras, y mediante convenio con los ayuntamientos para la vigilancia e inspección de los establecimientos de venta, guarda o cría de animales domésticos (5).

En una fase evolutiva posterior nos encontramos con modelos en los que el peso de la responsabilidad inspectora sigue recayendo fundamentalmente sobre la Administración, sin perjuicio de la participación de entidades colaboradoras (6). Así, uno de los primeros antecedentes de nuestro Ordenamiento jurídico podemos encontrarlo, probablemente, en el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolló la Ley 38/1972, de Protección del Ambiente Atmosférico, y en cuyo art. 80 se establecía que «*en el ejercicio de las funciones inspectoras, en materia de contaminación, los Organismos que las tienen atribuidas podrán contar con la asistencia de Entidades Colaboradoras creadas en el seno de Organismos y Entidades de carácter público*» (7).

Pero el paso decisivo se observa, no en esa simple participación o colaboración, sino en la progresiva privatización de servicios y funciones públicas que conllevan un ejercicio directo de la función inspectora por sujetos privados y, normalmente, con un interés empresarial de fondo.

Y de ello encontramos un amplio desarrollo, sobre todo, en tres sectores, a saber, el sector relativo a los medios de transporte; el sector de la seguridad industrial y el sector ambiental, todo ello normalmente, en estrecha conexión con el Derecho Comunitario Europeo.

Comenzando por el primero de los sectores citados, el de los medios de transporte, el fenómeno más conocido, sin duda, es el de la inspección

(5) Véase el art. 22.1.e de la Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales de Canarias. Igualmente, el art. 24.2.d de la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco. Pero no todas las CCAA lo aplican, y en casos como el de Baleares se excluye expresamente ex art. 38.2 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de Protección de los Animales que viven en el entorno humano.

(6) Véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 111 y 112).

(7) Para más información véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 113 a 115).

técnica de vehículos (ITV) (8). Y su primera plasmación tuvo lugar en el RD 3273/1981 (9), de 30 de octubre, en cuyo art. 6, en relación con las inspecciones periódicas de vehículos, ya se establecía que las mismas podían pasarse en «*las Estaciones ITV del Ministerio de Industria y Energía o, en su caso, de los Servicios de Industria de los Entes Autonómicos, o en las de las Entidades colaboradoras del Ministerio de Industria y Energía, expresamente autorizadas a tal fin*».

Del mismo sector del transporte, pero en materia de buques, puede citarse la Ley 27/1992 (10), de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que estableció la inspección y control técnico de los mismos «*bien directamente por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes o bien a través de Entidades colaboradoras, en los términos que reglamentariamente se establezcan*» (art. 86.5).

Por su parte, en materia de seguridad industrial, la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria en su art. 20.4 ya hizo referencia al fomento de «*la existencia de Entidades de Acreditación, certificación, inspección y ensayo con demostrada capacidad técnica para que puedan ser reconocidas a nivel comunitario e internacional*».

Por último, en materia de protección ambiental, terreno estrechamente ligado muchas veces al de la seguridad industrial (11), la legislación de las CCAA (12) fue poco a poco sustituyendo el régimen establecido en el RD 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (y con ello la inspección administrativa previa), por la certificación de un técnico competente, acreditativa de la adecuación de la actividad desarrollada, en relación con

(8) Siempre en estrecha relación, como se decía, con el Derecho Comunitario. Véanse las Directivas 77/143/CEE, de 29 de diciembre; 96/96/CE, de 20 de diciembre; 2009/40/CE, de 6 de mayo; y 2014/45/UE, de 3 de abril, en cuyo art. 4.2 se dispone que «*Las inspecciones técnicas las realizará el Estado miembro de matriculación del vehículo, a través de un organismo público encargado por dicho Estado miembro de este cometido o de unos organismos o establecimientos designados y supervisados por dicho Estado miembro, que podrán ser organismos privados autorizados para ello*».

(9) Le antecedió no obstante el RD 3073/1980, de 21 de noviembre, por el que se reorganizaban los servicios de ITV, y en cuya DA única ya se citan las entidades colaboradoras.

(10) En el mismo sentido la Directiva 94/57/CE, de 22 de noviembre que permite delegar las facultades de inspección y control en las conocidas como «*sociedades de clasificación*» (art. 3.2) y, sobre todo, somete a los Estados al principio de no discriminación, impidiendo su negativa, salvo excepciones, al ejercicio de tales funciones por parte de toda organización reconocida y establecida en la UE.

(11) Véase art. 9.1 de la Ley 21/1992, de Industria.

(12) Aquí la normativa es muy variada, pero pueden verse como referencia el Decreto 153/1996, de 30 de abril, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de Informe ambiental (art. 32.1); y La Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Protección contra la contaminación acústica de Galicia (art. 4.5), ya derogada.

la autorización o informe ambiental emitidos, y sin perjuicio de las posteriores visitas administrativas de inspección y comprobación.

Y el ejemplo más significativo se produjo en la legislación catalana, con la promulgación de la ya derogada Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención integral de la Administración ambiental, en virtud de la cual, las inspecciones administrativas, tanto iniciales como de seguimiento de las empresas potencialmente contaminadoras, fueron sustituidas por la obligación de presentar un informe de inspección de forma periódica, realizado por una entidad colaboradora, y a costa del titular de la instalación (arts. 43.1.b y 44.3).

De igual forma, en este ámbito ambiental, la legislación comunitaria ha previsto la posibilidad de delegación de tareas de inspección, bajo la autoridad y supervisión de las Administraciones competentes, a favor de cualquier persona jurídica de derecho público o privado, con la condición de que no exista interés personal en las inspecciones desarrolladas (13).

No son, ciertamente, los únicos sectores a los que se extiende esta práctica (14), pero sí, los más relevantes.

No existe, hasta la fecha, una regulación general de esta cuestión, ni en el ámbito estatal ni en el autonómico, con la única excepción de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña en cuyo título VII, relativo a las potestades de inspección y control, se incluye un capítulo completo (capítulo II, arts. 91 a 101) dedicado a las entidades colaboradoras.

II. RAZONES, CAUSAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS

Vistos los antecedentes y la evolución normativa de este *modus operandi* colaborativo, interesa preguntarse ahora por las razones o causas que lo han generado, y provocado su evolución y consolidación.

Y creo que en este sentido puede ser procedente distinguir entre unas razones o causas de orden práctico, y unas razones o fundamentos de carácter jurídico, que la amparan o justifican.

(13) Una muestra de ello se encuentra en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001 sobre criterios mínimos en las inspecciones medioambientales en los Estados miembros (art. 4.b).

(14) Otros ámbitos en los que se prevé la intervención privada en labores inspectoras son las telecomunicaciones, el turismo, los espectáculos públicos y actividades recreativas, los servicios sociales o las actividades de fomento o dispensación de ayudas públicas. Sobre el particular puede verse S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 507 a 509).

Entre las primeras se suele citar de modo recurrente el principio de eficacia en la actuación administrativa (15). Y no es desdeñable esta teoría, dada la creciente intervención de la actividad administrativa en multitud de sectores, su progresiva complejidad técnica y la imposibilidad de atender a las citadas actuaciones, con los escasos recursos disponibles (16). Dichas actuaciones suelen estar relacionadas, especialmente en el campo de la actividad inspectora, con la necesidad de adoptar ciertas decisiones concernientes, muy a menudo, a los riesgos tecnológicos (17). A esta circunstancia, han hecho referencia asimismo tanto alguna normativa (18) como la propia jurisprudencia (19).

Unido a ello va, asimismo, principalmente por mor de las recientes crisis económicas sufridas (20), el principio de eficiencia, es decir, la posibilidad de proveer más servicios con los recursos de los que efectivamente se dispone, con el fin principal de evitar el crecimiento desmesurado del gasto público (21). En este sentido S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (22) llega a afirmar que *«en este proceso no han de olvidarse condicionamientos de tipo económico, que pueden llegar a pesar sobre los dogmas jurídicos»*.

Por último, cabe considerar asimismo el hecho del traslado a la entidad colaboradora de la responsabilidad derivada de la función de control e inspección, y la asunción de los costes de dicha tarea por los sujetos sometidos a la misma, cuestiones ambas que reportan una importante ventaja para la Administración.

(15) Véanse, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1998: 47); S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 510); y A. GALÁN GALÁN y otros (2020:14).

(16) D. CANALS I AMETTLER (2003: 84, 92 y 94), insiste en esta idea de distintas maneras, como la siguiente: *«(...) la Administración pública recurre a los particulares porque mediante sus propios medios materiales y personales se ve incapaz de prestar, con la eficacia requerida, el abanico de intervenciones que la sociedad postindustrial le solicita, pues no dispone de la suficiente organización ejecutora de tales intervenciones»*.

(17) Véase D. CANALS I AMETTLER (2003: 92).

(18) Véase la Exposición de motivos de la Ley 21/1992, de Industria.

(19) Véanse las SSTs de 13 de octubre de 1997 y de 28 de octubre de 1997. En la primera de ellas se advierte (FD 4^o) que *«si bien tradicionalmente estas funciones, a diferencia de los servicios públicos, se ejercían por la Administración, lo cierto es que, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquella para una gestión eficaz de las funciones de soberanía, acudiendo con frecuencia, a la colaboración de la empresa privada»*.

(20) En nuestro pensamiento están presentes las dos grandes crisis sufridas recientemente, la económica de 2008 y la derivada de la pandemia mundial por COVID 19.

(21) Véase el preámbulo del Decreto de la Junta de Castilla y León 126/1988, de 23 de junio por el que se organiza el servicio público de ITV.

(22) Véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1997: 203 a 220).

Abordando ya las cuestiones y fundamentos de orden jurídico no debemos perder en ningún momento de vista el hecho de la integración de nuestro país en la UE, y la consiguiente necesidad de construcción del mercado único europeo (23). Tal y como se especificó en el epígrafe anterior, una buena parte de los precedentes normativos abordados (y por supuesto también la normativa vigente) han mantenido y mantienen una estrecha conexión con el Derecho comunitario, y con la necesidad de respetar sus principios fundamentales como la libre competencia o la prohibición de las restricciones a la libre circulación de personas, bienes, servicios, y capitales.

Pero el ejercicio de la labor de colaboración por entidades privadas presenta además una dificultad añadida en este caso concreto. Efectivamente, la inspección es, sin lugar a duda, una de las potestades administrativas esenciales, y es preciso averiguar si es o no disponible y, en su caso, en virtud de qué título.

Como bien afirma D. CANALS I AMETLLER, *«la legitimidad del trasvase de poderes de decisión y declaración a la esfera privada (...) no puede apoyarse, desde los principios imperantes en el Estado de Derecho, en la presumible autoridad técnica que ostentan las organizaciones técnico-privadas y sus expertos (...) El Estado en definitiva, no puede ceder ese poder de decisión —que implica el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos— a instancias privadas sin el instrumento preceptivo de la legitimidad democrática característico del Estado Democrático, esto es, la Ley»*.

Considerada así la potestad como la facultad de actuación reconocida por el ordenamiento jurídico a los órganos de las Administraciones Públicas, y la competencia como la titularidad de una potestad, podemos formular las siguientes observaciones: por un lado, siguiendo a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (24), dado su *«origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables (...) El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio»*. Por otro, y conforme al art. 8.1 de la Ley 40/2015 LRJSP, *«la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes»*. Esto nos permite llegar fácilmente a una conclusión, aceptada generalmente por la doctrina (25): la participación de entidades

(23) D. CANALS I AMETLLER (2003: 139 y ss.) pone como ejemplo la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que tiene como objetivo adaptar la normativa española tras nuestra integración en el mercado único europeo.

(24) Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020: 487 y 488).

(25) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 515); o M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020:27).

colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas hace exigible en todo caso una habilitación legal expresa.

Esta necesidad puede suscitar dificultades para procurar fórmulas colaborativas en el ámbito de las CCAA, cuando sólo poseen competencias ejecutivas en relación con alguna materia, y en el caso de las entidades locales, dada su falta de potestad legislativa. No obstante, en el caso de las CCAA, la doctrina del TC (26) ha avalado el hecho de que la competencia ejecutiva incluye las potestades organizatorias, y ello es extensible, con matices, a las entidades colaboradoras en las que delegan funciones públicas. Para las entidades locales, la doctrina (27) no considera adecuado hacer una aplicación rígida de la reserva de ley, sino más bien del principio de autonomía local y del carácter democrático y representativo del Pleno, entendiendo como suficiente una mera remisión normativa legal en términos amplios o genéricos, para dar cobertura legal a esta posibilidad.

III. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTA COLABORACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Se ha hecho referencia constante, a lo largo del estudio, a la colaboración público-privada en el ejercicio de funciones inspectoras, pero sin prejuzgar con ello su verdadera naturaleza y consecuencias, y no es esta una cuestión baladí.

Bien podría parecernos que, en su origen, la cuestión y su problemática, parten de lo que la doctrina jurídica ha venido denominando como la *summa divisio*, es decir, la distinción entre Derecho público y privado, presente tradicionalmente, como afirma F. VELASCO CABALLERO (28), en la cultura jurídica occidental. Sin embargo, como asimismo sostiene el citado autor, «*las distintas formas de colaboración público-privada no guardan relación directa con la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Más bien, las formas de colaboración público-privada hacen referencia a la apertura de la Administración a la participación, de muy diversas formas, de los sujetos privados (...) de ahí que, aunque pueda parecer paradójico, los fenómenos de colaboración público-privada producen transformaciones y adaptaciones en el Derecho público, no una nueva delimitación de linderos entre el Derecho público y el Derecho privado*» (29).

De forma más precisa si cabe, F. VELASCO CABALLERO (30) distingue, en el marco de la teoría de la *summa divisio*, dos hipótesis de trabajo: «*el ejercicio*

(26) Véase STC 243/1994, de 21 de julio (FJ 4º).

(27) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 517).

(28) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 21).

(29) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 24).

(30) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 141).

de funciones inspectoras y certificantes por entidades colaboradoras en el marco de una intensa dirección, control y poder de decisión de la Administración, y la actuación de las entidades colaboradoras de forma inmediata como Administración pública». No obstante, en ambos casos, sostiene el autor que la garantía de cumplimiento de los correspondientes deberes recae sobre la Administración pública competente, y por ello podemos hablar, sin lugar a duda, de regulación jurídico-pública.

Así pues, retomando de nuevo la cuestión central planteada en este estudio, y partiendo de la hipótesis formulada por F. VELASCO CABALLERO en virtud de la cual cabe sostener que únicamente nos encontramos ante «transformaciones y adaptaciones del Derecho público» (31), podemos decir que, doctrinalmente, nos movemos entre dos sectores o posturas contrapuestas que, en esencia, se defienden con sólida argumentación, tanto en un caso como en otro.

Por una parte, está el sector (32) que defiende el hecho de que la actividad de las entidades colaboradoras no supone ejercicio de una función pública *stricto sensu*, sino mero desenvolvimiento de una actividad de simple auxilio o complemento técnico, de recogida de datos, de control o inspección preparatoria de una posterior resolución administrativa, y por tanto su actividad es meramente declarativa y sin poder coactivo directo (33).

Por otra, encontramos autores (34) que defienden que esta colaboración, a pesar de la inexistencia de un régimen uniforme que la regule, supone una

(31) Para F. VELASCO CABALLERO (2014: 139 y 140), no cabe duda de que nos encontramos ante fórmulas de Derecho público pues, tanto la comprensión objetiva de la *summa divisio*, como la comprensión del binomio público-privado según la organización de cumplimiento de las normas, lo apoyarían. La primera de estas hipótesis, es decir, la comprensión objetiva de la *summa divisio* sostendría que «allí donde las normas presentan una especial sustancia o sentido: por su búsqueda de un concreto y cualificado interés general o porque regulan situaciones de sumisión o subordinación entre sujetos (...), en la medida en que las actividades de los particulares sirvan a un fin de interés general, o que ciertos sujetos privados ocupen la posición de supremacía que antes ocupaba la Administración (en relación con otros particulares) podría hablarse sin dificultad de Derecho público». La segunda de las hipótesis citadas, es decir, la relativa a la organización de cumplimiento de las normas, destaca que «la regulación de las actividades de interés general desarrolladas por particulares presentaría un cierto grado de iuspublicidad. Porque, aunque las normas de conducta se dirigen a sujetos privados que se relacionan entre sí, la efectividad de ese Derecho se apoya, fundamentalmente, sobre la Administración (...)».

(32) Véanse E. ARANA GARCÍA (1999: 33); y C. PADRÓS REIG (2001: 22 y ss.).

(33) Para F. VELASCO CABALLERO (2014:141), «lo relevante no es si las entidades colaboradoras ejercen simples funciones materiales o si emiten certificaciones con valor cuasi decisorio. Y no es necesario afirmar que la actividad colaboradora es "ejercicio de poder público", pues lo importante es que para asegurar el cumplimiento de los deberes técnicos de los particulares contamos con una Administración pública como garante del cumplimiento de las leyes».

(34) Véanse S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 530); y M. IZQUIERDO CARRASCO (2000: 463 a 467). En el mismo sentido D. CANALS I AMETLLER (2003: 230) afirma rotundamente que «(...) las

participación en el ejercicio de una función pública, precisamente en sustitución de la Administración, de forma tal que la actuación de la entidad colaboradora tendría el mismo valor jurídico que la realizada directamente por la propia Administración titular de la competencia (35).

Harto difícil resulta, como ya se advertía, decantarse a favor de una u otra tesis, pues ambas proponen sólidas argumentaciones, y se refieren, asimismo, a ámbitos y sectores muy diversos.

Quienes defienden que la actividad de las entidades colaboradoras no supone ejercicio de una función pública, se apoyan tanto en argumentos legales como jurisprudenciales.

Entre los argumentos legales destacan los siguientes: por un lado, el impedimento en el ámbito de la contratación pública para que puedan gestionarse de manera indirecta poderes públicos de conformidad con los arts. 17 y 284 (36) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP). Ahora bien, este argumento, en realidad, lo único que vendría a limitar es la utilidad de las vías contractuales como fórmula jurídica adecuada para encomendar a las entidades colaboradoras el ejercicio de funciones públicas. Por otro, la reserva realizada por el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TREBEP, en el que se dispone que *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas (...) corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos»*. No obstante, este precepto, de manera aislada, no impide el ejercicio directo por las entidades colaboradoras privadas de funciones públicas, pero, en la medida

funciones de control, inspección y certificación que ejercen los agentes privados en el nuevo sistema de control de los riesgos de la técnica se caracterizan por ser funciones de marcado contenido jurídico; son inspecciones jurídicas, esto es, inspecciones del cumplimiento de las leyes, de normas jurídicas en las cuales es consustancial la inspección técnica. Se trata, en definitiva, de una "inspección plena"».

(35) Así D. CANALS I AMETLLER (2003: 300) sostiene que *«los sujetos privados no ejecutan una prestación material o técnica cumpliendo las órdenes, instrucciones y decisiones previas de la Administración pública. Todo lo contrario, los particulares emiten sus declaraciones con base en los controles e inspecciones por ellos realizados, y son aquellas, con posterioridad, admitidas y ejecutadas por la Administración como si de sus propias declaraciones y decisiones se tratara. Es la actividad jurídico-administrativa la que se cede a instancias privadas, con indiscutibles efectos públicos»*. En el mismo sentido F. VELASCO CABALLERO (2014: 142), afirma que *«(...) en ocasiones las entidades colaboradoras ejercen directamente funciones administrativas y, en esta medida, se pueden considerar también como "organizaciones de cumplimiento" de las normas (...) entidades colaboradoras que, a estos efectos, son consideradas por las leyes (o por la jurisprudencia) como Administración pública»*.

(36) Art. 17 LCSP: *«No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»*. Art. 284 LCSP. *«En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»*.

en que las mismas no disponen en sus plantillas de funcionarios públicos, ciertamente, se convierte en una dificultad difícil de salvar.

Entre los argumentos jurisprudenciales se invocan sendas sentencias del TJUE de 12 de diciembre de 2013 (37) y 15 de octubre de 2015 (38). En la primera de ellas se expresa que las entidades colaboradoras a las que se refiere la sentencia, *«no disponen de ninguna capacidad decisoria vinculada al ejercicio de prerrogativas del poder público»*. En la segunda, en relación con el caso concreto de las estaciones ITV en Cataluña, se manifiesta que, a pesar de la facultad de inmovilización de vehículos en relación con el art. 51 del TFUE, las estaciones de ITV *«no disponen de facultades coercitivas en el marco de sus actividades, ya que la imposición de sanciones por incumplimiento de las normas de inspección de vehículos es competencia de las autoridades policiales y judiciales»* (FJ 56 y 59).

Por su parte, quienes consideran que estamos ante un verdadero ejercicio de poderes públicos por parte de las entidades colaboradoras privadas, entienden que las actuaciones de inspección, control o certificación desarrolladas por las mismas, pueden llegar a interesar el círculo de derechos de los administrados; comportar, en ocasiones, la entrada en instalaciones o locales, el acceso a equipos o materiales, documentación o información de las entidades o sujetos inspeccionados, así como requerir la colaboración de sus responsables; incluso adoptar medidas restrictivas del libre ejercicio de la actividad.

En su argumentación legal incluyen diversas citas (39), si bien quizás la más contundente sea la del art. 95.3 de la anteriormente citada Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña en el que se establece que *«los actos, informes y certificaciones emitidos por el personal técnico habilitado de las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección y control tienen la misma validez jurídica que los emitidos por el personal de la Administración encargado de dichas funciones»*.

Jurisprudencialmente se traen a colación diversas sentencias (40) como la del TS de 7 de mayo de 1999, en relación precisamente con la ITV, en

(37) STJUE de 12/12/2013, asunto C-327/12, SOA Nazionale Costruttori (FJ. 32).

(38) STJUE de 15/10/2015, asunto C-168/14, Grupo Itevelesa y otros.

(39) Se incluyen referencias a los arts. 14.1. y 15.1 de la Ley 21/1992, de Industria y al art. 8.3 del Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles. La Ley de Industria se refiere a la posibilidad de comprobación por los organismos de control del cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad de productos e instalaciones industriales, y el RD 1837/2000 a la posibilidad de realización de actividades inspectoras bien por funcionarios, bien por entidades colaboradoras.

(40) Incluso la STS de 13 de octubre de 1997 de manera más contundente si cabe (FJ 4º) establece que *«Si bien tradicionalmente, estas funciones, a diferencia de los servicios*

la cual se afirma que *«la Inspección Técnica de Vehículos se configura pues como ejercicio de una potestad pública (...) que si se desempeña en ciertos aspectos por empresas privadas, es en concepto de entidades colaboradoras de la Administración, que ejercen funciones delegadas por la misma, sujetas a estricto control»*.

Resulta pues difícil decantarse por una u otra postura, pero la realidad es tozuda y no podemos dejar de observar que es un fenómeno, este, cada vez más extendido, ciertamente muy fragmentado, pero al que será preciso dar una respuesta de aceptación dentro del orden legal, aunque no pueda ser general para todos sus ámbitos de actuación. Y creo que la respuesta debe ofrecerse a través de una consideración práctica del juego de la potestad y del instrumento para su delegación. Así, si la potestad, globalmente considerada o en abstracto, incluye un haz de facultades susceptibles de ser delegadas mediante instrumento legal adecuado (41), podemos entender que no es imprescindible delegar la totalidad de dicho haz de facultades, y que, en cada caso concreto, sobre todo en este ámbito de la colaboración público privada, se podrá ampliar o restringir el conjunto de facultades delegadas, determinando en unos casos que la entidad colaboradora desarrolle simples funciones de auxilio o complemento técnico, mientras que, en otros, podrá ejercer, dentro de los límites legales, funciones públicas en sentido propio.

Pero, lo más relevante será valorar las consecuencias derivadas del hecho de entender la figura de la colaboración como un ejercicio de funciones públicas, al menos en el caso de que dichas facultades constitutivas de la potestad hayan sido delegadas.

Y dichas consecuencias son fundamentalmente dos: por un lado, como consecuencia principal, ante una situación de conflicto entre la entidad colaboradora y los particulares sujetos a su labor de inspección, por el hecho de estar dentro del marco de una relación administrativa y no entre sujetos particulares, se abriría la posibilidad de recurso administrativo ante la Administración delegante y, posteriormente, si fuera el caso, la vía judicial contencioso-administrativa, y no la civil. Por otro, la entidad colaboradora quedaría sujeta bajo el régimen de las relaciones de especial sujeción con la Administración delegante.

públicas, se ejercían por la Administración, lo cierto es, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, que el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquélla para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada (...) Sin embargo, al margen de cuál sea la forma de ejercicio, su naturaleza de función pública no desaparece...».

(41) Aunque la legislación parece regular únicamente la delegación entre órganos administrativos (art. 9.1 LRJSP), recuérdese que no es infrecuente la delegación a particulares. En este sentido véase F.SAINZ MORENO (1983: 1699 y ss.).

IV. MECANISMOS LEGALES PARA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESTE ÁMBITO

Abordada la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la fórmula colaborativa y sus efectos, corresponde plantearse ahora cuál puede ser el título o títulos habilitantes empleados por la legislación sectorial para su ejercicio, es decir, la técnica jurídica prevista en el Ordenamiento y utilizada por la Administración para enmarcar esa particular relación de colaboración en el desarrollo de la función inspectora. Y en este sentido podemos hacer referencia a tres técnicas o fórmulas fundamentales: la autorizatoria, la contractual y la convencional.

1. La técnica autorizatoria

Esta técnica entronca necesariamente con la existencia de un mercado en régimen de libre competencia, al cual puede concurrir la iniciativa privada, pudiendo por tanto ser desarrollada una actividad por cualquier sujeto que, cumpliendo los requisitos obtenga, de forma reglada, la correspondiente autorización.

No es pacífica la utilización de esta vía, pues tal y como advierte D. CANALS I AMETLLER, la técnica tradicional de la autorización administrativa «*no es el instrumento adecuado para ceder a organizaciones privadas el ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación, en relación con las cuales lo particulares no ostentan ningún tipo de derecho subjetivo*» (42).

No obstante, ha sido el modelo seguido, entre otras, en normas como el RD 282/2002 (43), de 22 de marzo, en el que se exige a las entidades colaboradoras la previa autorización por parte de la Dirección General de Aviación Civil; el RD 2200/1995 (44), de 28 de diciembre, que requiere autorización administrativa previa de la Administración para el funcionamiento de los comités sectoriales a través de los cuales desarrolla su actividad el organismo de normalización; o el RD 1434/1999 (45), de 10 de septiembre, que exige a las entidades colaboradoras en la inspección de embarcaciones de recreo, la correspondiente autorización del Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes.

(42) Véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 300).

(43) Véase el art. 6.1 del RD 82/2002, de 22 de marzo, por el que se establece el régimen de las entidades colaboradoras de la Administración en la realización de las inspecciones y pruebas de vuelo necesarias para la concesión y renovación de los certificados de aeronavegabilidad de las aeronaves de construcción por aficionados.

(44) Véase el art. 10.f del RD 2200/1995, de 28 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial.

(45) Véase el art. 7.1 del RD 1434/1999.

Cierto es que este modelo de autorización administrativa ha sufrido un seguro retroceso como consecuencia, fundamentalmente, de la transformación del régimen de las autorizaciones administrativas en aplicación de la Directiva 2006/123/UE, de 12 de febrero, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida generalmente como Directiva *Bolkestein*), al convertir las autorizaciones administrativas en un régimen de carácter excepcional (46) frente a otras opciones menos restrictivas para el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Pero es oportuno hacer al respecto dos matizaciones: la primera para recordar que la Directiva *Bolkestein* y su normativa de transposición (47) excluyen de su ámbito de actuación los servicios que puedan incorporar ejercicio de autoridad; la segunda, que la citada normativa no impide radicalmente su uso, sólo exige su justificación de manera suficiente (48).

2. Las técnicas contractuales

Además de recurrir a las técnicas autorizatorias, la normativa sectorial reguladora de las fórmulas colaborativas se ha servido, asimismo, en algunos casos, de técnicas contractuales, y en particular de la figura de la concesión de servicios.

Dicha técnica se caracteriza principalmente por mantener la actividad de inspección como función pública reservada a la Administración, si bien su ejercicio no se desarrolla por la misma, sino que se traspasa a una entidad privada colaboradora.

Este ha sido el sistema utilizado, entre otras normas, en la Ley 1/1991, de 27 de febrero, de Régimen sancionador en materia de Juego de la Cataluña (49); o, inicialmente, por el ya derogado RD 1987/1985, de 24 de

(46) La excepcionalidad debe venir avalada por la concurrencia de tres requisitos, como son, su carácter no discriminatorio, que su necesidad esté justificada por razones imperiosas de interés general, y que sea proporcionada su exigencia por no poder obtener el mismo fin con medidas menos restrictivas.

(47) Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Véase la exposición de motivos de la norma y art. 2.2.i.

(48) Véase el art. 95.2 Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón y STS de 29 de junio de 2011. En esta última el órgano jurisdiccional declaró la inaplicabilidad del art. 15.3 en su redacción original, por no haber justificado suficientemente el legislador nacional la necesidad de dicha autorización por razón imperiosa de interés general al afirmar lo siguiente (FJ 4º): «*Si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. Justificación que podría estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración.*»

(49) En su art. 20.3 se dispone que «*la inspección y el control técnico de instalaciones, elementos y material de juego podrán ser realizados directamente por funcionarios adscritos a la inspección del juego o por medio de entidades concesionarias que asuman su ejecución.*»

septiembre, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las Estaciones ITV (50).

Pero la cuestión más relevante pasa por averiguar si el mecanismo concesional sigue siendo válido a la luz de la nueva regulación de la LCSP de 2017, para transferir a las entidades colaboradoras el ejercicio de funciones públicas.

Prescindiendo ahora de una explicación más extensa de la evolución de su régimen legal (51), y centrándonos en su régimen vigente, debemos recordar que la regulación actual del denominado contrato de concesión de servicios lo define en su art. 15.1 como *«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»*.

Ya no se exige, como sucedía en el anteriormente vigente TRLCSP de 2011, que el objeto de la concesión sea un servicio público, sino que lo concedido sea un servicio cuya prestación sea de titularidad de la Administración, transfiriendo, eso sí, en todo caso, el riesgo operacional al concesionario.

Así pues, su objeto no plantea problema alguno, puesto que la labor de inspección es una función pública cuya titularidad corresponde a la Administración, y sería susceptible de explotación económica por particulares.

No obstante, la gran dificultad surge de lo dispuesto en el art. 284.1 de la LCSP pues de manera clara y rotunda advierte que *«en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»* (52).

Y aquí es donde cobra de nuevo sentido la diferenciación planteada al referirnos a la naturaleza de la institución estudiada, por cuanto si consideramos que las entidades colaboradoras son meros entes instrumentales de apoyo, que no ejercen en puridad funciones públicas sino meramente instrumentales o de apoyo, podremos aplicar sin reparos la figura de la concesión de servicios. En otro caso, es decir, si consideramos que ejercitan funciones públicas en sentido estricto, la literalidad del art. 284.1 parece excluir esta posibilidad.

(50) El art. 2.1 RD 1987/1985 establecía que *«la ejecución material de las inspecciones podrá ser realizada por las Comunidades Autónomas directamente, o a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas, propietarias de las instalaciones, con su propio personal, y en régimen de concesión administrativa»*.

(51) Véase al respecto M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN y otros (2020:38 a 41).

(52) Al igual que ya se ha comentado para el caso de las autorizaciones, D. CANALS I AMETLLER (2003: 300), sostiene que *«(...) principalmente por la autoridad inherente a las funciones públicas ejercidas por los agentes colaboradores, la concesión administrativa tampoco parece ser la técnica jurídica idónea para el traslado de la autoridad a particulares»*.

Sólo nos queda plantearnos, para concluir este apartado, si caben otras figuras contractuales al margen de la citada concesión de servicios.

Hipotéticamente al menos, podríamos bosquejar la opción de desarrollar una colaboración a través del contrato de servicios, definido en el art. 17 LCSP como aquel «cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario». Y recuérdese que este contrato, no transfiere el riesgo operacional, por lo que puede ser menos ventajoso para la Administración.

A diferencia del TRLCSP de 2011, la nueva regulación permitiría que, a través de esta modalidad, se pudieran gestionar servicios de prestación directa para los ciudadanos conforme a su art. 312, pero nos surge nuevamente la misma dificultad anteriormente evaluada en relación con la concesión de servicios, dado que conforme al art. 17 LCSP «No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos». Por ello la respuesta debe ser la misma que la ofrecida para el caso estudiado: si las entidades colaboradoras actúan únicamente como meros entes instrumentales de apoyo sin ejercicio de funciones públicas estrictas, cabe utilizar esta figura, en caso contrario no.

3. Las técnicas convencionales

Si bien de modo más residual que las anteriores opciones, la posibilidad de desarrollo de la colaboración mediante convenio administrativo ha estado también presente en algunos supuestos.

Es ejemplo de dicha opción la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones en cuyo art. 16 se establece que «se formalizará un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta».

También la jurisprudencia ha abierto la puerta a esta vía colaborativa como forma de transferir el ejercicio de algunas funciones públicas a entidades colaboradoras (53).

(53) Véase la STS de 13 de octubre de 1997 en la cual, y para el caso de las estaciones ITV se afirma que «cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surge entre ellas un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Podría incluirse en los denominados convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 2º.7 de la Ley de Contratos del Estado, que se regularán por sus normas peculiares, y supletoriamente por la de los contratos de la Administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación» (FJ 4º).

Definidos los convenios en el art. 47.1 de la LRJSP como *«los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común»*, no se plantearía problema alguno desde el punto de vista subjetivo para su utilización.

Cierto es que el art. 48.1 de la LRJSP impide la celebración de convenios que puedan suponer cesión de la titularidad de la competencia, pero ello no haría inviable, por el contrario, la cesión de su ejercicio. No obstante, si la cesión del ejercicio de la competencia implicara la transmisión de poderes públicos, tropezaríamos de nuevo con los consabidos problemas anteriormente ya abordados y tantas veces explicados.

No obstante, aquí nos encontraríamos con un inconveniente añadido, y es que el art. 47.1 LRJSP advierte que *«los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público»*.

Cabría pues distinguir entre convenios de naturaleza contractual, a los que se aplicaría el régimen de la LCSP, y convenios de naturaleza no contractual, a los que se aplicaría el régimen legal de la LRJSP, todo ello en virtud de la exclusión prevista en el art. 6.2 de la LCSP. Pero en tal caso, si el convenio por su objeto y características tuviera naturaleza contractual, carecería de sentido y de utilidad, y habría de enfocarse hacia la técnica del contrato de concesión de servicios, o de servicios, con su particular técnica de adjudicación (54).

V. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: RASGOS DEFINITORIOS O CARACTERÍSTICOS DE ESTAS ENTIDADES

Se aborda ahora brevemente el estudio relativo a la caracterización de las entidades colaboradoras, recordando simplemente que el enfoque del tema propuesto se circunscribe únicamente a la colaboración público-privada, por lo que queda al margen el estudio de las fórmulas de colaboración jurídico-pública.

Podemos decir que los rasgos básicos que definen a las entidades colaboradoras (55) son los siguientes: se trata de entidades o sujetos con personalidad

(54) Para una visión más extensa y detallada de esta problemática véase M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN y otros (2020:46 a 48).

(55) D. CANALS I AMETLER, (2003: 278 y ss.) identifica a esta categoría de las entidades colaboradoras de la Administración como *«una categoría jurídica incipiente»* con las siguientes características básicas: su carácter jurídico-privado, principalmente, aunque no únicamente; su especialización en el campo concreto de actuación; una relación estable y permanente

jurídica propia, que contribuyen al desarrollo de una función pública, y que son independientes de la Administración.

El primer requisito, el relativo a la personalidad jurídica propia, queda perfectamente definido con carácter general en el art. 91.2 de la Ley 26/2010, LRJPAPC ya citada, que establece que «*las entidades colaboradoras son entidades técnicas especializadas, públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que deben disponer de los medios materiales y personales, así como cumplir los requisitos de solvencia técnica y financiera establecidos por reglamento*».

Esto no supone, sin embargo, la exclusión de las personas físicas como sujetos colaboradores privados, siempre que acrediten los requisitos necesarios. De hecho, es caso contemplado en la Ley 21/1992, de Industria que permite en su art. 15.1 que los organismos de control sean «*personas físicas o jurídicas*», o en el RD 282/2002, cuyo art. 3.2 permite autorizar como entidades colaboradoras para la realización de inspecciones y pruebas de vuelo relativas a los certificados de navegabilidad tanto a personas jurídicas como físicas. Asimismo, ha sido admitida por la jurisprudencia la posibilidad de que las personas físicas que cumplan las condiciones establecidas puedan actuar como entidades colaboradoras privadas (56).

En relación con la contribución al desarrollo de una función pública, el tema ya ha sido suficientemente estudiado con anterioridad en toda su problemática, y a ello me remito, para no ser excesivamente reiterativo. Baste recordar que se discute y fundamenta si estamos ante una actividad de simple auxilio o complemento técnico, o de ejercicio estricto de funciones públicas por las entidades colaboradoras.

Por último, en lo que a la independencia de la Administración hace referencia, parece evidente que las entidades colaboradoras estudiadas no son aquellas que se encuentran formalmente integradas de una u otra manera en su estructura orgánica. Más bien al contrario, se caracterizan por ser sujetos privados, normalmente bajo la forma de empresarios mercantiles con ánimo de lucro, y especializados en un campo de actividad en el que interesa la colaboración público-privada, lo que permitiría excluir de esta categoría a los denominados medios propios en la LCSP.

entre la Administración pública y la entidad colaboradora basada fundamentalmente en la potestad de fiscalización y control por parte de la Administración, que se hace más intensa si cabe ante la interposición de un recurso; su sujeción a un régimen tarifario; y, por último, su especial régimen de responsabilidad.

(56) Véase STS de 29 de junio de 2011 (FJ 3º).

VI. RECLAMACIONES Y RECURSOS CONTRA LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS (57)

La última cuestión abordada quedaría enmarcada en el ámbito de las garantías de los ciudadanos ante la actuación de las entidades colaboradoras en labores de inspección.

1. Consideraciones previas

Evidentemente, cualquier ciudadano o entidad legitimada puede interponer un recurso frente a una actuación administrativa, siguiendo los cauces legalmente establecidos. Pero dado que, en estos casos, la actividad material procede de un sujeto que no está integrado en la Administración, no podemos dejar de plantearnos si existen estos procedimientos y, en su caso, cómo están habilitados.

En relación con la primera cuestión, para aumentar la complejidad del asunto, la respuesta no siempre es positiva, es decir, no siempre la normativa contempla de modo expreso cauces de reclamación frente a las actuaciones de las entidades colaboradoras (58).

Y con ello nos surge la primera dificultad a salvar, pues evidentemente no podemos considerar de peor derecho a un sujeto por el hecho de que una actuación inspectora haya sido realizada por una entidad colaboradora por encargo de la Administración, y no por ella misma. No obstante, la doctrina mayoritaria en este caso se postula a favor del reconocimiento y aplicación de un sistema de reclamaciones y recursos, mediante alguna fórmula como pudiera ser la de la aplicación por analogía (59).

En aquellos casos en los que existe una normativa reguladora, con carácter general (60) suele articularse un mecanismo de impugnación en dos fases: una primera fase ante la entidad colaboradora y una segunda ante la Administración.

(57) La diversificación y fragmentación de la normativa vuelven a hacer inviable un análisis detallado de cada uno de los sectores, por lo que se volverán a tomar como referencia los más tradicionales.

(58) Dispone por ejemplo de regulación explícita de procedimientos de reclamación la normativa sobre seguridad y calidad industrial (arts. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria; 45.1.l y 47 del RD 2200/1995). No disponen en cambio de regulación expresa de dichos procedimientos otros sectores como inspección de buques y embarcaciones de recreo del RD 1837/2000; y seguridad en explotaciones mineras conforme al RD 863/1985. En el caso de las estaciones de ITV, algunos Gobiernos, como el andaluz o el balear, disponen de un sistema denominado asimismo de reclamaciones en virtud del cual lo que realmente se plantea es una queja ante organismos de consumo por las deficiencias en la atención prestada en las citadas estaciones.

(59) Véase R. GRACIA RETORTILLO, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 88 y 89).

(60) No siempre es así. Véase como ejemplo en contrario la Ley 9/2014, de 31 de julio, de la seguridad industrial de los establecimientos, las instalaciones y los productos de Cataluña, en cuyo art. 12.5 se establece únicamente la vía de recurso directo ante el órgano de la Administración de la *Generalitat*.

Debe advertirse que suele emplearse el término reclamación para referirse a la actuación ante la entidad inspectora colaboradora, y el de recurso para identificar la actuación llevada a cabo ante la Administración, pero tampoco es un criterio absolutamente uniforme en la normativa sectorial (61).

2. Fase de reclamación ante la entidad colaboradora

Refiriéndonos ya a la fase de reclamación ante la entidad colaboradora en sentido propio, un primer problema se plantea con el tema de la legitimación. Así, la legitimación activa se identifica mediante expresiones diversas como la de «interesado» (62) o «clientes, partes afectadas, u otros afectados por sus actividades» (63). Sin embargo, no cabe duda alguna sobre el hecho de que la legitimación pasiva corresponde a la entidad colaboradora ante la cual se interpone la reclamación, que ella misma debe tramitar y resolver.

En lo que a plazos y procedimiento formal se refiere, la normativa es menos precisa, pues se impone, ciertamente, la obligación de tener un procedimiento, cuando así se regula, pero no se suelen determinar sus reglas concretas, lo cual coloca al interesado en una posición comprometida para su defensa. No obstante, algunas normas más actualizadas ya especifican algunos de estos elementos de forma incipiente (64).

3. Fase de recurso ante la Administración

Abordando ya la segunda fase de recurso ante la Administración, debe matizarse asimismo que sólo cabe interponer recurso frente a las decisiones desestimatorias expresas o derivadas de silencio administrativo dictadas por las entidades colaboradoras. Tampoco cabe presentar una nueva solicitud de inspección ante otra entidad colaboradora en tanto en cuanto la Administración no haya revocado la decisión recurrida (65).

El hecho de que sólo quepa recurso contra una decisión desfavorable impediría, *prima facie*, la reclamación ante una resolución favorable al sujeto que la interpone, por parte de algunos sujetos que pudieran estar interesados como, por ejemplo, empresarios competidores o asociaciones de consumidores, sin perjuicio del uso de otras posibles vías alternativas.

(61) El art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria no habla de recurso sino de «manifiestar la disconformidad», y el art. 96.2 de la Ley 26/2010 LRJPAPC habla de «trasladar la reclamación ante el órgano administrativo».

(62) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria y el art. 47 del RD 2200/1995.

(63) Véase el art. 45.1.1 del RD 2200/1995.

(64) Véase el art. 18.2 del Decreto 60/2015, de 28 de abril, sobre las entidades colaboradoras de medio ambiente de Cataluña.

(65) Véanse el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria y el art. 47 RD 2200/1995.

La legitimación activa corresponde al mismo sujeto que interpuso con anterioridad la reclamación, y el recurso se interpone ante la Administración titular de la función, debiendo ésta proceder a su tramitación y resolución.

En cuanto a la naturaleza del recurso seguido ante la Administración debe decirse que estamos en presencia de una actuación revisora, puesto que se reitera el examen y la corrección del mismo, lo cual es coherente con el carácter público de las funciones ejercitadas por la Administración y sus potestades de control. La doctrina suele denominarlo como recurso impropio de alzada (66), si bien no toda ella se muestra conforme por la confusión que podría generar dicha denominación al no ser un recurso administrativo en sentido estricto (67), aunque se siga un procedimiento administrativo para su resolución, conforme a la normativa específica reguladora del mismo, y supletoriamente o por remisión (68), conforme a la legislación general del procedimiento administrativo.

En dicho procedimiento administrativo de carácter contradictorio pasan a tener la condición de interesados tanto el sujeto recurrente, como la entidad colaboradora, en defensa esta última de la adecuación de su actuación. Nos encontramos pues ante lo que la doctrina denomina un «procedimiento triangular» (69).

Aunque no existe una regulación completa, los trámites habitualmente presentes (70) son los relativos al requerimiento de antecedentes; práctica de comprobaciones; el trámite de audiencia; y la resolución del procedimiento, generalmente en un plazo de tres meses.

Y decíamos anteriormente que nos encontrábamos en presencia de una actuación revisora en sentido genérico, y por ello surge un nuevo dilema, el relativo al alcance que pueda tener esa facultad revisora, y si comprende un control meramente formal, o también se extiende al ámbito material o sobre el fondo del asunto. Así pues, lo que se discute es si la potestad de la Administración se limitaría a confirmar o revocar la decisión de la entidad colaboradora, o bien, puede adoptar una nueva decisión que supla a la anulada.

Sobre el particular existe un amplio debate doctrinal, centrado especialmente en la interpretación de los términos de la normativa sobre industria.

(66) Véase L. CASADO CASADO, y otros (2010: 187).

(67) Véase R. GRACIA RETORTILLO en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 98). Rechaza esta denominación porque la entidad colaboradora no es un órgano de la Administración y porque no es, en sentido estricto, un recurso administrativo, sino simplemente un recurso que se interpone ante la Administración.

(68) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria.

(69) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 565).

(70) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria.

Así, quienes apoyan la tesis favorable a la posibilidad de que la Administración pueda revocar y sustituir la decisión de la entidad colaboradora (71), se apoyan en el poder de dicha Administración para comprobar en cualquier momento «*el cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad, de oficio o a instancia de parte interesada...*» (art. 14.1 Ley 21/1992).

Pero en mi modesta opinión, parece quizás más plausible la tesis de aquellos que defienden que la Administración sólo puede realizar un control formal (72), en especial de las garantías procedimentales. Y ello por dos razones bien fundadas como son, por una parte, la misma carencia de medios de la Administración que llevó a la colaboración con la entidad inspectora y, por otra, lo dispuesto en el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria, que determina que «*en tanto no exista una revocación de la certificación negativa por parte de la Administración, el interesado no podrá solicitar el mismo control de otro Organismo de Control*». No tendría sentido que se abra la posibilidad de solicitar la intervención de otro organismo de control, cuando la propia Administración ya ha resuelto, con todos los problemas y dificultades que ello pudiera generar (73).

Para concluir este aparatado me referiré brevemente a los posibles efectos de una resolución revocatoria de la Administración, que podrían abrir el camino a la exigencia de responsabilidad civil y reclamación de los daños y perjuicios causados al solicitante del informe, así como también la vía disciplinaria en relación con la entidad colaboradora, si se hubiera cometido alguna infracción en la tramitación (74).

4. Impugnación de la resolución administrativa

La decisión de la Administración, resolutoria del recurso interpuesto contra la decisión de la entidad colaboradora, puede ser considerada como un acto administrativo (75). Cabe pues preguntarse si existe la posibilidad de ulterior

(71) Partidarios, entre otros, de la tesis que permite a la Administración dictar una nueva resolución que supliría a la anterior son J. A. CARRILLO DONAIRE, (2000: 455 y 456); o C. PADRÓS REIG (2001:83).

(72) Sostienen este criterio, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1998: 54); S. FERNÁNDEZ RAMOS, (2002: 565 y 566); o D. CANALS I AMETLLER (2003: 333).

(73) Piénsese en la dinámica perversa que podría generar el hecho de que la resolución de la Administración y del segundo organismo de control fueran contradictorias.

(74) Véase el art. 31.2.h de la Ley 21/1992, de Industria.

(75) Véase la STS de 24 de septiembre de 1999 (FJ 4º), en la que se afirma que «*Ciertamente la pretensión deducida ante el orden contencioso-administrativo ha de ir referida a un "acto administrativo" (...) Pero para calificar una conducta como "acto administrativo" lo decisivo no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directa-*

recurso administrativo, y en su caso cuál sea éste, pues la normativa sectorial en tal sentido es bastante ambigua.

A favor de la existencia de recurso, que incluso alguna normativa contempla de manera específica (76), se alega fundamentalmente que no es un acto excluido, por lo que cabría plantear la opción, según las circunstancias, de alzada, reposición o revisión.

En contra, cabe argumentar que ya ha existido un pronunciamiento de la Administración, aunque no se trate de un recurso administrativo en sentido propio y, por ello, la apertura de una nueva vía de oposición alargaría o demoraría el procedimiento en exceso, incluso convertiría al interesado en sujeto de mejor derecho que cualquier ciudadano al que haya inspeccionado directamente la propia Administración.

No puede haber duda, finalmente, sobre el derecho del sujeto interesado a interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, ya que la resolución del recurso planteado ante la Administración, sea cual fuere éste, no está excluida del control jurisdiccional (77) (art. 106. 1 CE).

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión y en relación con el estudio anteriormente realizado podríamos decir que la construcción de este fenómeno, hasta llegar a la fase de ejercicio directo de la función inspectora por sujetos privados, se ha realizado a partir de normativa sectorial, fragmentada, y de diversos ámbitos competenciales, incluido el comunitario, lo que hace patente la dificultad de aprehender todo su desarrollo.

El ejercicio de labores inspectoras por entidades colaboradoras privadas puede estar fundamentado, por una parte, en razones de orden práctico como la necesaria eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, o la voluntad de trasladar a la entidad colaboradora la responsabilidad derivada de la función de control e inspección, y a los sujetos sometidos a la misma, los

mente imputables o referibles a un Ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública».

(76) Véase la DT 12, apdo. 9º de la Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, que contempla la posibilidad de interposición de un recurso de alzada contra las resoluciones dictadas por la Ponencia Ambiental Municipal, ante el Alcalde.

(77) En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 568); o R. GRACIA RETORTILLO, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 106).

costes de dicha tarea. Por otra, y desde el punto de vista legal, su fundamento se encuentra en la estrecha conexión con el Derecho comunitario, y con la necesidad de respetar sus principios fundamentales de libre competencia, y prohibición de las restricciones a la libre circulación de personas, bienes, servicios, y capitales. Igualmente debe considerarse que, dada la inalienabilidad de las potestades y competencias, su ejercicio por entidades colaboradoras privadas hace necesaria una habilitación legal expresa.

La doctrina muestra una cierta ambivalencia en relación con la naturaleza jurídica de estas fórmulas de colaboración. Por un lado, existe un sector que considera que estamos ante el mero desenvolvimiento por las entidades colaboradoras de una actividad de simple auxilio o complemento técnico a la Administración, pero sin presuponer por ello ejercicio de una función pública en sentido propio. Por otro, quienes defienden que esta colaboración supone una participación en el ejercicio de una función pública o en sustitución de la Administración. Ambas posturas presentan argumentos solventes tanto legales como jurisprudenciales y pueden tener un cierto fundamento dada la diversidad de regulaciones fragmentarias existentes. En cualquier caso, la colaboración público-privada en este ámbito es un fenómeno cada vez más extendido y frecuente.

Para la plasmación de las fórmulas de colaboración entre entidades privadas y las distintas Administraciones se han utilizado diversas fórmulas jurídicas como la autorizatoria, ahora en retroceso por la aplicación de la normativa comunitaria plasmada en la Directiva *Bolkestein*, la contractual, principalmente a través del contrato de concesión de servicios públicos, e incluso la convencional. Todas ellas plantean problemas o inconvenientes de amparo legal en relación principalmente con la naturaleza de la institución estudiada y la posibilidad de cesión de poderes públicos, pero son aplicadas igualmente en la práctica debido a la necesidad de desarrollar estas actuaciones ante la limitación de medios de la Administración.

Los rasgos básicos que delimitan a las entidades colaboradoras son aquellos que las definen como entidades o sujetos con personalidad jurídica propia, bien sean personas jurídicas, bien personas físicas; que contribuyen al desarrollo de una función pública; y que son independientes de la Administración, lo que excluiría los denominados como medios propios en la LCSP.

En lo que a reclamaciones y recursos contra la actuación de la entidad colaboradora se refiere, la normativa, en su diversidad, no ofrece una solución clara y unívoca, si bien, partiendo generalmente de los modelos clásicos desarrollados en el ámbito de la seguridad industrial, suele considerarse la existencia de un procedimiento denominado de reclamación ante la entidad colaboradora, y de recurso ante la Administración. Se discute además, en relación con este último, si las facultades de la Administración permiten sólo una revisión formal del procedimiento, o incluyen asimismo la posibilidad de

dictar una nueva resolución sustitutiva. Por último, resulta dudosa también la posibilidad de interponer un nuevo recurso administrativo frente a la resolución de la misma Administración (alzada, reposición o revisión), si bien no se discute la opción última del recurso contencioso-administrativo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz (2006): «Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma (REALA)*, nº 302, septiembre-diciembre, pp. 91-135.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (1999): «Naturaleza jurídica de la inspección técnica de vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 54, pp. 9-41.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel (2018): «La colaboración público-privada y su fiscalización», *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, nº 60, pp. 31-97.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, 1ª ed., Granada, Comares, 353 pp.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2010): «La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *Revista Documentación Administrativa*, nº 286-287, enero-agosto, pp. 297-334.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2011): «A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 151, pp. 627-649.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000): *El Derecho de la seguridad y de la Calidad industrial*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 738 pp.
- CASADO CASADO, Lucía y otros (2010): *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, 1ª ed., Barcelona, Atelier, 198 pp.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1998): «La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control», en esta REVISTA, nº 13, pp. 43-60.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002): *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, 1ª ed., Granada, Comares, 639 pp.
- GALÁN GALÁN, Alfredo y otros (2020): *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 186 pp.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2020): *Curso de Derecho Administrativo I*. 19ª ed., Madrid, Civitas. 872 pp.
- GIMENO FELIU, José María (2018): «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», en esta REVISTA, nº 52, pp. 12-65.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1997): «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 94, pp. 203-220.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2004): «La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 123, pp. 399-424.
- GRACIA RETORTILLO, Ricard (2020): «Las reclamaciones y los recursos contra las decisiones de las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en GALÁN GALÁN, A. y otros, *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 75 a 108.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000): *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, 1ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 559 pp.
- PADRÓS I REIG, Carlos (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras: especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su Régimen jurídico*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 197.
- RAMIÓ MATAS, Carles y otros (2009): *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Colección Estudios, Serie Gobierno Local, 1ª ed., Barcelona, Diputación de Barcelona, 200 pp.
- SAINZ DE ANDINO, Pedro (1845). *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio y las ventas simuladas de los efectos públicos*, Madrid, Imprenta de D. Vicente de Lalama, 191 pp.
- SAINZ MORENO, Fernando (1983): «Ejercicio privado de funciones públicas», *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 100-102, enero-diciembre, pp. 1699-1783.
- VELASCO CABELLERO, Francisco (2014): *Derecho público más Derecho privado*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 165 pp.
- VILALTA REIXACH, Marc (2020): «La articulación jurídica del traslado del ejercicio de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en GALÁN GALÁN, A. y otros, *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 a 52.
- ZANOBINI, Guido (1955): *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici. Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milán, Giuffrè, 484 pp.