

RESUMEN DESCRIPTIVO DE LA TESIS DOCTORAL “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS”

Carlos Yáñez Díaz. Universidad de Salamanca. Noviembre 2016.

La tesis doctoral tiene como objeto el analizar las repercusiones que la privatización de servicios públicos produce respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, derecho constitucionalmente garantizado a los ciudadanos en el artículo 106.2 de la Constitución Española.

En primer lugar (capítulo 1), se aborda el fenómeno de la privatización que comienza en los años 80 apoyándose en teorías tanto políticas como económicas que propugnan una gestión privada de numerosos servicios, hasta entonces prestados por la Administración, por considerar que la gestión privada sería mucho más eficiente.

Aparece así la idea de aplicar un espíritu empresarial al sector público con doctrinas como el “*New public management*” que propugnan cambiar los tradicionales modos de gestión en el sector público tratando de lograr mayores cotas de eficacia.

La privatización supone, en definitiva, la utilización de mecanismos jurídico privados para la prestación de servicios a los ciudadanos (capítulo 2) , entroncando con el conocido fenómeno de la “*huida del derecho administrativo*”, denunciado por la mayoría de la doctrina administrativista española pero que ha avanzado imparablemente pese a esas críticas doctrinales y a cierta jurisprudencia que ha aplicado criterios como el del “*levantamiento del velo*” para imputar así a la Administración los daños ocasionados por sujetos privados que actuaban en nombre y por cuenta de ella.

De esta forma, en la más reciente normativa se atribuyen con frecuencia verdaderas funciones públicas a sujetos privados que se califican como “*colaboradores de la Administración*”, que sustituyen a la Administración en funciones certificadoras y de cuya actuación la Administración suele desentenderse, considerando que son relaciones entre sujetos privados.

En realidad, la privatización es una nueva manifestación de la problemática relación entre la dicotomía derecho público vs. derecho privado (capítulo 3), la *summa divisio iuris* del derecho romano, pero que al conectar hoy día con la configuración constitucional de muchos estados como “*estados sociales*” que exigen la prestación a sus ciudadanos de una serie de servicios públicos como verdaderos derechos subjetivos, exige nuevas respuestas para evitar que los ciudadanos puedan perder derechos como consecuencia de las nuevas formas de gestión.

Es evidente que si el Estado encomienda la gestión de servicios a particulares debe mantener un adecuado control sobre los mismos mediante mecanismos de inspección administrativa y, en concreto, manteniendo la garantía constitucional de la reparación de los daños ocasionados a los particulares en la prestación de los servicios públicos.

Esa responsabilidad (capítulo 4) aparece en la Constitución Española (artículo 9.3) como un verdadero pilar del ordenamiento jurídico que abarca a todos los poderes del Estado con la única excepción, constitucionalmente recogida, del Rey como Jefe del Estado. De esta forma se ha recogido la responsabilidad tanto del Legislativo como del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo y, por supuesto de la Administración Pública.

Ahora bien, esa responsabilidad no ha surgido de pronto sino que responde a una evolución del derecho español, que en este aspecto ha superado claramente a otros ordenamientos de nuestro entorno, que alcanzó su configuración definitiva en las importantes reformas de los años 50 debidas a López Rodó. Ese modelo de responsabilidad de la Administración fue constitucionalizado como una garantía institucional en la Constitución Española de 1978 de los ciudadanos frente a la Administración.

El problema es establecer que es Administración a estos efectos (capítulo 5). Con mucha frecuencia la Administración crea personificaciones instrumentales que se rigen por el derecho privado pero que, en realidad, desempeñan verdaderas funciones públicas. En estos casos la Administración ha pretendido usar esa personificación jurídica privada para eludir su responsabilidad. Frente a ello la doctrina ha propugnado un mayor control de estas entidades y la jurisprudencia también en ocasiones no ha

vacilado en establecer ese control bien aplicando la doctrina del levantamiento del velo bien utilizando el criterio de la titularidad del servicio como hicieron el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Tribunal Supremo respecto de Metro de Madrid S.A. De hecho, el legislador parece querer abordar este problema en el oscuro artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien su regulación plantea más dudas que soluciones.

A continuación la tesis aborda el problema en diversos supuestos en los que la Administración actúa a través de sujetos privados.

En primer lugar (capítulo 6) se analiza la responsabilidad de contratistas y concesionarios, siendo este uno de los principales problemas del derecho administrativo español que dista mucho de estar resuelto.

Tras un análisis de los antecedentes históricos del problema se expone la falta de concordancia entre la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la contenida en la legislación de contratos públicos a lo que se unía, además, la intervención de diversas jurisdicciones (contencioso administrativa, civil, social, penal) en la materia.

Esta falta de concordancia ha originado importantes divisiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración.

Se produce así un verdadero galimatías en el que sentencias de diferentes jurisdicciones y resoluciones de consejos consultivos no logran ponerse de acuerdo en a quien ha de imputarse la responsabilidad, ante que jurisdicción ha de reclamarse, si ha de ser responsabilidad objetiva o subjetiva, qué ocurre en los convenios excluidos de la legislación de contratos, qué sucede si se trata de productos defectuosos o si cabe acción de regreso de la Administración frente al contratista.

Todo ello genera una inadmisibles situación de inseguridad jurídica que cuestiona la garantía constitucional del artículo 106.2 de la Constitución.

Un supuesto similar ocurre con las entidades colaboradoras de la Administración (capítulo 7). Tras la Directiva de Servicios se eliminó en numerosos sectores la licencia o autorización como una forma de control de la Administración sobre determinadas

actividades y se ha sustituido por la conformidad de entidades colaboradoras o certificadoras.

Sin embargo, no se ha abordado la posible responsabilidad de la Administración por su actuación y la normativa ha tratado de eludir el problema exigiendo a estas entidades la suscripción de seguros de responsabilidad civil pero ello no deja de plantear problemas como la posible exigencia de responsabilidad a la Administración por culpa in vigilando sobre la actividad de estas entidades, especialmente por la ausencia de una eficaz inspección sobre las mismas por más que se hayan producido algunos intentos de regulación contenidos, bien en normativa sectorial, bien en alguna norma autonómica.

Otro supuesto específico en el que se ha producido una regresión de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el de la prestación sanitaria por parte tanto de las Mutuas Colaboras de la Seguridad Social como del Mutualismo Administrativo (capítulo 8).

En el caso de las mutuas colaboradoras, estas reclamaciones eran sistemáticamente respondidas con el silencio y los afectados acudían a la jurisdicción contenciosa que lo consideraba como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración y resolvía las reclamaciones planteadas. Sin embargo, la reforma de las Mutuas llevada a cabo en 2014 atribuyó sin explicación alguna estas reclamaciones a la jurisdicción social rompiendo la unidad jurisdiccional de la materia y privando a los ciudadanos de la garantía del procedimiento previo.

De igual forma, en el mutualismo administrativo las entidades gestoras que son organismos autónomos rechazan cualquier responsabilidad por la prestación de la asistencia sanitaria alegando que se trata de contratos administrativos.

Incluso en un ámbito tradicionalmente excluido del derecho administrativo como es el caso de los notarios y registradores (capítulo 9) pero que supone el ejercicio de funciones públicas por parte de sujetos privados que al mismo tiempo son funcionarios se ha planteado este problema asumiendo el Tribunal Supremo que procedería la responsabilidad del Ministerio de Justicia por mal funcionamiento de la oficina registral a lo que se une la intervención en estos casos de los Colegios oficiales.

Por último, se contempla también en el ámbito urbanístico la responsabilidad de las Juntas de Compensación y Entidades de Conservación (capítulo 10) como otro ámbito en el cual sujetos privados asumen funciones públicas, planteándose igualmente problemas en la determinación de la responsabilidad por sus actos, tanto en cuanto a la imputación como al procedimiento a seguir.

La tesis doctoral concluye destacando que la situación del derecho español en cuanto a esta problemática no es admisible en un estado social y democrático de derecho.

La opción de prestación de los servicios públicos por medio de entidades privadas en lugar de mecanismos de gestión directa es una opción política plenamente constitucional, tal y como ha avalado el Tribunal Constitucional, pero ello no puede traducirse en una disminución de derechos de los ciudadanos, en concreto que se vean privados del derecho a ser indemnizados cuando a raíz de la prestación del servicio sufren un daño antijurídico.

En esos casos la Administración ha de garantizar el derecho de las víctimas a ser indemnizadas bien asumiendo ella la indemnización con posterior repercusión sobre el contratista bien pudiendo imponer directamente esa responsabilidad sin necesidad de que el ciudadano tenga que acudir a los tribunales de justicia. Basta acudir a cualquier repertorio de jurisprudencia o a las bases de datos de dictámenes de los órganos consultivos de la Administración para comprobar que es un problema constante y frecuente.

De lo contrario la garantía constitucional se eliminaría por el mero hecho de la creación de una sociedad anónima estatal, de la contratación del servicio con una empresa o de la asunción por la Administración de las certificaciones que una empresa privada emite previo pago por el solicitante de la misma, algo incompatible con un Estado de Derecho.