

LA VICARIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

POR

FRANCISCO LLISSET BORREL

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—3. CONCEPTO DEL VICARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—4. EL VICARIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.—5. NATURALEZA JURÍDICA.—6. CLASES.—7. TÉCNICAS JURÍDICAS DE HABILITACIÓN: A) *Norma general:* a) Descentralización a favor de particulares. b) Descentralización impropia a favor de particulares. B) *Acto singular:* a) Sustitución a favor de particulares. b) Delegación a favor de particulares. c) Contratos administrativos de gestión de servicios. d) Contratos privados. e) Cuasi-contratos.—8. EFECTOS.—9. RÉGIMEN JURÍDICO: A) *El personal.* B) *Los bienes.* C) *Los medios financieros.* D) *Los actos.* E) *Los contratos.* F) *La responsabilidad extracontractual.*—10. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los vicarios de la Administración pública, que tan amplias perspectivas abre al estudio y sistematización de los sujetos activos de la función administrativa, ha sido entre nosotros, con la sola excepción del malogrado profesor BALLBÉ, injustamente desatendido (1). Por lo que, en un momento en que la tercera generación de administrativistas españoles (2) va sometiendo a revisión crítica los resultados de las investigaciones doctrinales de las dos anteriores, surgidas a partir de 1950, muchos de ellos configuradores de las grandes leyes administrativas vigentes (3), no parece ocioso el tratamiento dogmático de la vicariedad en el ejercicio de la función administrativa, tanto más cuanto que la postura que sobre esta cuestión se adopte

(1) BALLBÉ, M.: *Sistemática del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1947, p. 60.

(2) GUASP, J.: *Prólogo a los Principios jurídicos de la Organización administrativa*, de J. A. GARCÍA-TREVIJANO y Fos, IEP, Madrid, 1957, p. IX, nos habla de la segunda generación de administrativistas españoles, en la que cabe situar al propio GARCÍA-TREVIJANO, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, ENTRENA CUESTA, Alejandro NIETO, etc. SANTAMARÍA Pastor, en una recensión en esta REVISTA, número 69, insinúa un cambio de giro con la que él llama la tercera generación, que empieza a publicar su obra a partir de 1970.

(3) Valga el ejemplo de la Ley de Procedimiento administrativo o la de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pertenecientes a la década de los cincuenta, en cuyos últimos años empieza a producir sus obras la segunda generación.

incide directamente en la quebradiza caracterización administrativa de algunos entes públicos (4), y en el posible arrumbamiento del criterio subjetivo, como delimitador del concepto de Administración pública, tal como se observa en alguno de los autores más recientes (5).

2. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una cuestión previa a dilucidar es la del concepto adoptado por nuestros textos constitucionales en torno a la Administración pública. No cabe olvidar que el concepto de Administración pública, determinante del de Derecho administrativo, está condicionado en su efectiva realidad por aquel otro más amplio que es el del Estado (6). El concepto de Administración pública depende del concepto que del Estado se tenga en cada momento, y éste viene fijado, lógicamente, por la Constitución. Si queremos abandonar una perspectiva exclusivamente dogmática y no demasiado fructífera, habremos de partir, por tanto, de la conceptualización de la Administración pública en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. A diferencia de nuestras constituciones históricas que formulan una valoración material de la función administrativa, según puso de relieve Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (7), los textos constitucionales vigentes comportan un enfoque marcadamente subjetivo de la Administración pública, en cuyo concepto se incluye, de una parte, la Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados (artículo 40), y de otra, la Administración local, integrada por los municipios y las provincias (art. 45), exclusivamente.

En el sistema institucional de la Ley Orgánica del Estado no hay, pues, más que dos Administraciones públicas que tengan originariamente tal condición: la Administración del Estado y la Administración local. Para que los demás entes públicos merezcan dicha

(4) Véase ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones profesionales y Administración Pública*, núm. 72 de esta REVISTA, p. 27, y del mismo autor, *Naturaleza de las Cámaras de Comercio*. Notas a una polémica, en «D. A.» núm. 135, 1970, p. 11, y, sobre todo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, Madrid, 1972 (ambos autores representantes de la que hemos llamado tercera generación).

(5) MARTÍN MATEO, R.: *La sustantividad del Derecho Administrativo*, núm. 53 de esta REVISTA, 1967, p. 35, y MELÁN GIL, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967.

(6) MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Presupuestos constitucionales de la función administrativa*, núm. 28 de esta REVISTA, 1958, p. 11.

(7) MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Op. cit.*, p. 49.

calificación necesitan estar «encontrados» en una de ellas (8). El artículo 1.º de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa de 28 de diciembre de 1956 ensancha, a efectos procesales, el ámbito originario de la Administración pública—Administraciones de cobertura en la terminología de GARCÍA-TREVIJANO (9)— con las «Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local». Pero la doctrina más reciente, que no tiene ningún inconveniente en admitir el carácter administrativo de la llamada Administración institucional, lo niega a la denominada Administración corporativa, cuyo régimen jurídico no es asimilable en absoluto al de la Administración-sujeto (10).

Esa misma doctrina que adopta una postura crítica frente a la consideración administrativa de los colegios profesionales, entidades urbanísticas colaboradoras, etc., no acierta en el encuadramiento de estas entidades en relación con la Administración pública de cobertura. A nuestro juicio, la explicación adecuada nos la ofrece el concepto jurídico genérico del vicario administrativo, en el que, por descontado, tienen cabida todas las Corporaciones o Asociaciones calificadas de administrativas por el ordenamiento jurídico—un tanto impremeditadamente—pese a tener una base privada inequívoca y un origen también muchas veces privado. El hecho de que estas entidades realicen en alguna forma funciones administrativas no autoriza a convertirlas en personas jurídico-administrativas, pues no debe confundirse el régimen jurídico de la actividad con la forma jurídica de la organización, cuya disociación es perfectamente posible (11).

Si, en los supuestos enunciados, la forma de la organización es algo atribuido accidental e impremeditadamente por el legislador sin una base real—porque la declaración de principio es desmentida, luego, al regular el régimen jurídico de su actividad mayoritaria, que-

(8) ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones profesionales y Administración Pública*, número 72 de esta REVISTA, 1973, p. 51.

(9) GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1967, tomo II, p. 276.

(10) Véanse las citas de la nota 4.

(11) Un claro ejemplo, en este sentido, está constituido por RENFE, a cuya entidad el Decreto-ley de 19 de julio de 1962 califica de entidad de Derecho público, pese a que su actuación se lleva a cabo bajo un régimen de Derecho privado. Lo mismo cabe hablar de personas privadas con una actuación pública. Véase BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Intervención en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 328; también MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1969, pp. 415 a 419.

dando los aspectos administrativos reducidos a la mínima expresión (12)—no hay razón para no encuadrar, junto a estas pseudo-administraciones públicas, a las personas claramente privadas que, no obstante, realiza alguna suerte de función administrativa, dentro de la rúbrica común de «vicarios administrativos».

3. CONCEPTO DEL VICARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el campo del Derecho administrativo, no ya como administrados simples, o incluso como administrados cualificados (13), sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa—junto con la Administración pública, y como sustitutos o auxiliares de la misma—es algo inconcuso en una época como la nuestra, y como la que se abre en nuestro horizonte histórico, de creciente complejidad en la vida social y de monstruosa expansión de los fines administrativos. Pues bien, en este plano es necesario situar la figura del vicario administrativo que implica la realización de función administrativa por particulares.

Pero para evitar una inflación de esta figura jurídica, no basta para calificar una actividad como función administrativa vicaria con que un particular despliegue una acción encaminada a un fin de interés público: dicha acción ha de ser pública en su aspecto objetivo, pero también en su aspecto subjetivo, es decir, ha de ser atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración pública, como una potestad de ella, si bien admitiendo la transferencia del ejercicio de dicha potestad en favor de un particular a través de alguna de las técnicas legalmente admitidas (14).

Lo anómalo, para la mayor parte de la doctrina, es que un sujeto privado realice una función administrativa, pero ello no lo es tanto si se tiene en cuenta que el concesionario—modalidad típica de vicario administrativo—ha sido reconocido unánimemente como un agente de la Administración pública, capaz de ejercer, en alguna for-

(12) ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, p. 340.

(13) SERRANO GUIRADO, E.: Voz «Administrado», NEJ, II, p. 380, y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El administrado*, Madrid, 1966.

(14) LLISET BORRELL, F.: *La actividad urbanística de los particulares como función administrativa en el ordenamiento español*, tesis doctoral, inédita, y bibliografía allí citada.

ma, potestades administrativas, atribuidas *ab origine* a la Administración (15).

La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa encierra un conjunto de figuras específicas, por lo que, a determinados efectos, el término vicario de la Administración sustituye con ventaja al de concesionario, agente delegado o descentralizado, sobre todo en este último supuesto que a tantas confusiones puede inducir (16).

4. EL VICARIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

No es este el momento para realizar un estudio exhaustivo de los ejemplos que el ordenamiento español ofrece de funciones administrativas vicarias, a los que la escasa doctrina que se ha ocupado siquiera tangencialmente del tema suele machaconamente aludir. Pero sí para advertir que de los casos de vicariedad en el ejercicio de las funciones administrativas regulados en la legislación especial se puede inducir una teoría general que, por otra parte, tiene un doble soporte en la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa de 28 de diciembre de 1956.

Ya hemos adelantado que las Corporaciones o Asociaciones de base privada enumeradas en el artículo 1.º, 2, c) de dicha Ley Procesal no son, en puridad, Administración pública-sujeto, razón por la que no les serán aplicables los privilegios subjetivos de aquélla (17). La dualidad Administración pública-Corporaciones se puede observar en la Ley reguladora de los Colegios profesionales, por más que se atribuyan a estos últimos determinadas funciones administrativas.

Pero, a mayor abundamiento, el mantenimiento del concepto de vicario administrativo viene justificado por el artículo 28, 4, b) de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa citada, al es-

(15) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo*, Sindicatos y auto-administración, Madrid, 1972, *in totum*, ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I, trad. esp. Barcelona, 1970, p. 68, y BALLBÉ, M.: *Sistemática del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1947, p. 59 y las siguientes voces de la NEJ: «Acto administrativo», tomo II, p. 303; «Administración pública», tomo II, p. 375 y «Ejercicio de las potestades y derechos administrativos», tomo VIII, p. 139.

(16) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo*, Sindicatos... cit. en que utiliza las voces de agentes descentralizados o delegados.

(17) La doctrina de los privilegios subjetivos y objetivos fue expuesta en detalle por GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Los principios jurídicos de la organización administrativa*, cit., y, posteriormente, en su *Tratado...*, también cit. Una publicación de esta distinción puede verse en Corporaciones profesionales y Administración pública, de ARIÑO ORTIZ, G., en el núm. 72 de esta REVISTA, 1973, p. 69.

tablecer: «No podrán interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública: ... b) Los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.»

5. NATURALEZA JURÍDICA

El carácter complejo de la situación del vicario administrativo nos llevaría a detenernos, por un lado, en el estudio de los sujetos privados, y de otro, en el de la actividad pública. No obstante, en aras a la brevedad, y puesto que ya hemos avanzado que para evitar una inflación de la figura la actividad que nos interesa ha de ser pública no sólo por la finalidad sino por la atribución subjetiva en favor de la Administración pública, nos ceñiremos a la consideración de los sujetos.

En principio un vicario administrativo es un sujeto privado que está habilitado para realizar una función administrativa. Pero esta afirmación general admite dos importantes excepciones, una por inclusión y otra por exclusión.

A las personas jurídicas, de base privada, que obedecen a la finalidad primordial de defensa de intereses privados, profesionales, fundiarios o económicos, debemos considerarlas como vicarios administrativos porque a través de ellas quien actúa no es la Administración, por lo general, sino los particulares integrados, a menos de que exista una expresa transferencia de funciones administrativas, que por sí sola no justifica la transubstanciación en personas jurídico-administrativas de un conjunto de personas privadas.

De otra parte, y siguiendo el mismo criterio material—al que debería sujetarse la forma jurídica de la organización en el supuesto contemplado en el párrafo anterior, aunque exigencias prácticas aconsejan una solución contraria en el caso que ahora contemplamos—excluimos del concepto de vicario administrativo a las sociedades privadas pertenecientes a la Administración pública, precisamente, porque, a través de ellas, e inversamente a lo que ocurre en el caso anterior, quien actúa es la Administración pública y no los particulares.

Creemos que es importante mantener, a los efectos de nuestra investigación, el criterio material y no el formal, porque el régimen

jurídico-administrativo, en cuanto supone una utilización de medios exorbitantes, ha de contener una instrumentación de garantías de índole distinta cuando es la Administración quien actúa, aunque sea a través de sociedades privadas, que cuando quien despliega la actividad administrativa es un particular, aunque se revista de un ropaje jurídico-administrativo en cuanto a su organización (18).

6. CLASES

En otro lugar (19) hemos establecido la siguiente clasificación de vicarios administrativos:

Los *vicarios substantivos*, que son agentes de la Administración pública habilitados para dictar verdaderos actos administrativos definitivos o que pueden ocupar una posición de preeminencia en contratos administrativos entre particulares (20).

Los *vicarios instrumentales*, en cuanto los particulares intervienen en el procedimiento administrativo o en la ejecución de los actos administrativos, pero no como titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos frente a la Administración, sino como defensores o ejecutores del interés público (21).

Los *vicarios reflejos*, que ocupan una posición de preeminencia no en sí mismos, sino como consecuencia del ejercicio en su favor por parte de la Administración de potestades administrativas singulares (22).

Finalmente, y como limite negativo, podemos citar a los que hemos llamado *falsos vicarios*, cuya posición de preeminencia no es conse-

(18) DEBBASCH, Ch.: *Droit Administratif*, Paris, 1968, p. 193, habla aludiendo a las sociedades privadas de ente público, de una gestión pública disimulada. A la inversa, y refiriéndonos a las personas públicas de base privada, podríamos hablar nosotros de una gestión privada (entendida en sentido subjetivo) disimulada.

(19) LLISET BORRELL, F.: *La actividad urbanística de los particulares...* cit.

(20) A partir del *Arrêt Monpeurt*, en 1942, la doctrina francesa admite sin grandes objeciones que un sujeto privado puede ser productor de actos administrativos (vid. NEGRÍN, J. P.: *L'intervention des personnes morales de Droit privé*, Paris, 1971) y no menos se acoge la posibilidad de contratos administrativos entre particulares (vid. RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969).

(21) Podemos citar, como ejemplos, al denunciante, el que comparece en una información pública, el urbanizador por gestión privada y, procesalmente, el coadyuvante y, con muchas reservas, el actor popular.

(22) Valga el ejemplo del beneficiario de la expropiación forzosa o del procedimiento de apremio.

cuencia del ejercicio de una potestad administrativa por la Administración o por sí mismos, sino de una posición de hecho (por ejemplo: comunidades de la Ley de Propiedad horizontal o Asociaciones civiles de la Ley de 1964), o de la secancia o tangencia entre ordenamientos (por ejemplo: aceptación por el ordenamiento administrativo del certificado del servicio social expedido por un órgano del Movimiento —la Sección Femenina—, ajeno a la Administración pública) (23).

7. TÉCNICAS JURÍDICAS DE HABILITACIÓN

El fundamento jurídico de la situación peculiar del vicario administrativo hemos de buscarlo, alternativamente, en una norma general o en un acto singular (24), que operan, a su vez, como técnicas de transferencia del ejercicio de una función administrativa. Sabido es que, conforme al artículo 4.º de la Ley de Procedimiento administrativo, la competencia es irrenunciable, y se ejercerá, precisamente, por los órganos administrativos que la tenga atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes. Sin embargo, al margen de este enunciado de carácter general—que las leyes especiales amplían y contradicen según es corriente en otras muchas materias—el ordenamiento jurídico español admite otras fórmulas de transferencia de funciones no sólo de órgano a órgano, sino también de la Administración del Estado a los entes públicos menores (25), y de la Administración pública en general a sus vicarios (26).

Este último supuesto, o de la vicariedad en el ejercicio de la función administrativa, es admitido por el ordenamiento con carácter excepcional, y contraído a cierta índole de funciones administrativas,

(23) MELÁN GIL, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967, pp. 79 y 80, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo, Sindicatos...* cit., p. 32.

(24) GARRIDO FALLA, F.: *Actos del Administrado*, voz de la NEJ, tomo II, p. 315, en que se recoge la idea de la doble fundamentación jurídica que se señala en ZANOBINI: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, en el Primó Trattato, de Orlando*, vol. II, parte 3.ª

(25) VALLINA VELARDE, J. L.: *Transferencia de funciones administrativas*, IEAL, Madrid, 1964, p. 169 y, más extensamente, MORELL OCAÑA, L.: *La delegación entre entes en el Derecho español*, Madrid, 1972, *in totum*.

(26) En el sentido indicado en el texto, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, cit., y ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones profesionales y Administración pública*, núm. 72 de esta REVISTA, 1973, y bibliografía allí citada.

singularmente las de contenido económico (27). Siendo excepcional esta modalidad de transferencia del ejercicio de funciones administrativas, deberá apoyarse en una norma legal, la misma que atribuye la potestad a la Administración u otra distinta, que deberá ser, con todo, por lo común, actualizada por acto administrativo o contrato de igual naturaleza. La habilitación por vía singular puede ser simplemente permitida por la norma, que es el caso más frecuente; prohibida expresamente, como en el de los servicios que implican ejercicio de autoridad, o impuesta, como en los servicios públicos económicos si no media el procedimiento municipalizador (28).

Proponemos la siguiente clasificación de las técnicas jurídicas que habilitan a los particulares para el ejercicio de funciones administrativas:

A) *Norma general*

a) *Descentralización a favor de particulares.*

Puede distinguirse aquí, a su vez, según se cree una persona jurídico-pública de base privada, que justificaría el término «descentralización» con arreglo a la doctrina tradicional (29), o que la norma se limite a operar un encargo de gestión pública a una persona privada (30). En el primer caso, podría hablar de una gestión privada disimulada, aparentemente realizada por un ente público, y, en el segundo, de un ejercicio netamente privado de funciones públicas (31).

b) *Descentralización impropia a favor de particulares.*

La descentralización impropia está a mitad de camino entre la descentralización y la delegación. Es descentralización porque la trans-

(27) BALLBÉ, M.: *Ejercicio de las potestades y derechos administrativos*, NEJ, VIII, p. 139.

(28) Véanse los artículos 42.1, 43.1 y 45 del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales*.

(29) GARRIDO FALLA, F.: *La descentralización administrativa*, Costa Rica, 1967, y una crítica de la doctrina tradicional puede verse en ARIÑO ORTIZ, G.: *Descentralización y planificación*, IEAL, Madrid, 1972.

(30) Un ejemplo de creación de una persona jurídico-administrativa de base privada lo tenemos en las Corporaciones profesionales y representativas de intereses, en las Entidades urbanísticas colaboradoras, etc., y de simple transferencia a favor de una persona privada la que se opera en favor del repartidor general de cargas de UNESA, cit. por FERNANDEZ, T. R.: *Derecho Administrativo...*, cit., p. 129.

(31) DEBBASCH, CH.: *Droit Administratif*, París, 1968, p. 193.

ferencia de funciones se produce a través de una norma, pero es a la vez delegación porque el ejercicio de la competencia transferida es revocable *ad nutum* por un órgano superior al que la propia norma atribuye como una especie de competencia solidaria (32).

B) *Acto singular*

a) *Sustitución a favor de particulares.*

Se basa en la especial situación que, en determinadas circunstancias, previstas en forma más o menos rígida por la norma, ocupa el particular. La transferencia se opera *ex lege*, pero no directamente sino a través del cumplimiento de determinados requisitos o en virtud de la especial situación del particular. Una vertiente procesal de la sustitución a favor de particulares la tenemos en el artículo 371 de la Ley de Régimen local, y una vertiente material en la actuación de los mismos ante estados de necesidad, como la perturbación del orden público, la comisión de un delito *in fraganti*, etc. (33).

b) *Delegación a favor de particulares.*

La delegación interorgánica es una técnica de transferencia del ejercicio de competencias administrativas prevista en el artículo 4.º de la Ley de Procedimiento administrativo, junto con la sustitución y la avocación. La ley aprobatoria de los sucesivos Planes de Desarrollo Económico y Social ha puesto en circulación la especie de la delegación intersubjetiva entre entes públicos, que cuenta ya con una abundante bibliografía (34). Pero junto a estas dos clases de delegación administrativa, no puede desconocerse la delegación a favor de particulares, pues nuestro ordenamiento la admite expresamente en varias ocasiones. Valga la muestra del artículo 128,3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, como superpuesta a la concesión, y del artículo 28,4 de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(32) Hemos acomodado al objeto de nuestro estudio el concepto elaborado por GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1967, p. 411, en que se estudia esta técnica referida exclusivamente a la Administración pública.

(33) *Vid.*, por traslación, VALLINA VELARDE, J.: *La transferencia de funciones administrativas*, cit., p. 168.

(34) *Vid.* nota 25.

c) *Contratos administrativos de gestión de servicios.*

Incluimos aquí la llamada gestión indirecta de obras y servicios públicos, amparada por los contratos de concesión, concierto, gestión interesada, sociedad de economía mixta, etc., que regulan tanto la Ley de Contratos del Estado como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (35).

d) *Contratos privados.*

La transferencia del ejercicio privado de funciones públicas no sólo tiene lugar a través de contratos administrativos, sino que también puede operarse mediante contratos privados, tales como el mandato (36), y una buena prueba de ello nos la proporciona el repetido artículo 28.4 de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se refiere expresamente a esta figura jurídico-privada.

e) *Cuasi-contratos.*

Los cuasi-contratos no constituyen ninguna técnica específica de transferencia del ejercicio de funciones administrativas a favor de particulares, pero puede buscarse apoyo en este instituto para atribuir eficacia jurídico-administrativa a determinados actos de particulares que actúan aparentemente en nombre de la Administración pública, mereciendo especial mención el funcionario de hecho o la gestión de negocios ajenos sin mandato (37).

8. EFECTOS

En orden a los efectos generales de la habilitación de personas privadas como sujetos activos de la función administrativa, podemos formular, sin perjuicio de algunas excepciones para supuestos concretos, la siguiente enumeración:

a) El particular pasa a desarrollar una actividad que, en principio, como consecuencia de una específica atribución de potestad

(35) Para un estudio pormenorizado, véase ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

(36) En este sentido NEGRIN, J. P.: *L'intervention des personnes morales de Droit privé*, cit., p. 74.

(37) GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1960, página 8 y voz «Actos del Administrado», NEJ, II, p. 318.

administrativa, corresponde a la Administración pública. El particular se convierte, por obra y gracia de la habilitación de que ha sido objeto, en vicario administrativo, siéndole aplicables, en alguna medida, las normas exorbitantes del Derecho común.

b) Sin el acto de habilitación, la actividad del particular no sería lícita, pues el Código Penal en su artículo 373 castiga el ejercicio de funciones públicas por el que no está debidamente habilitado.

c) El vicario administrativo disfruta de un derecho paralelo al lado positivo de la autarquía de los entes públicos descentralizados, a fin de posibilitar el desarrollo eficaz de la actividad transferida y a la que no debe oponer la Administración ilegítimos obstáculos. Se trata de una organización privada, alternativa de una organización burocrática (38).

d) La adquisición de la condición de vicario administrativo hace nacer la obligación de desarrollar efectivamente la función confiada, excepto, claro está, si aquél renuncia, expresa o tácitamente, a su singular posición en los casos en que esta renuncia está permitida por el ordenamiento jurídico (39).

e) El vicario administrativo está sometido en función de la actividad administrativa que desarrolla a un cuadro de controles, a modo de tutela administrativa *sui generis*, con el fin de que dicha actividad se sujete a los modos y formas establecidos y se encamine al interés público (40).

f) Tanto si el acto habilitante es unilateral como contractual, el vicario administrativo se encuentra en una situación especial de sujeción, que justifica, en su caso, la imposición de sanciones administrativas por defectuoso cumplimiento de las funciones públicas encomendadas, inclusive la extinción del acto habilitante (41).

g) La actividad administrativa de los vicarios implica la impugnabilidad de los actos de esa naturaleza a través de una vía de re-

(38) ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, I, Barcelona, 1970, página 70, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 129.

(39) ALESSI, R.: *Op. cit.*, p. 69.

(40) NEGRÍN, J. P.: *L'intervention des personnes morales de Droit privé...*, cit. a lo largo de toda su obra.

(41) ALESSI, R.: *Op. cit.*, p. 69, y ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1968, p. 456.

cursos de alzada ante la Administración transferente, y, a través de ésta, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (42).

h) Como contrapartida de la condición de delegados o agentes descentralizados de la Administración pública que adquieren sus vicarios, se les prohíbe la impugnación de los actos dictados por la Administración transferente en el ejercicio de las competencias que retiene en última instancia. No podrán impugnar, por tanto, dichos actos en cuanto que agentes de la Administración pública, pero sí en cuanto que particulares (43).

9. RÉGIMEN JURÍDICO

Como sea que los vicarios administrativos no son Administración pública, no quedan en principio sujetos al Derecho administrativo; pero dado que realizan, por definición, una función administrativa, se producirán en su régimen jurídico derogaciones del Derecho común, consistentes en un *plus* o en un *minus* que conviene conocer. No obstante, no es posible hacer aquí un estudio pormenorizado del régimen jurídico de estos sujetos auxiliares de la Administración, por la simple razón de que no existe un estatuto unitario de los vicarios administrativos, lo que nos llevaría a tratar cada modalidad en concreto.

Ni que decir tiene que el Derecho administrativo no podrá ser aplicable a los vicarios de la Administración pública sino en la medida en que actúan función administrativa, incluso en aquellos supuestos en que el vicario ha adquirido el ropaje jurídico de los entes públicos como consecuencia de uno de esos contrasentidos que, a veces, ofrece el ordenamiento (44). No se puede, por tanto, presumir, ni mucho menos, que los vicarios administrativos puedan valerse de los privilegios que la Administración utiliza en relación con su personal, sus bienes, sus créditos y deudas, de carácter esencialmente

(42) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1957, página 235, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo*, Sindicatos y autoadministración, cit., p. 29.

(43) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Op. cit.* y art. 28,4 b) de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(44) ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones profesionales y Administración pública*, en el núm. 72 de esta REVISTA, 1973, p. 69.

subjetivo, e, incluso, en relación con sus actos, contratos y responsabilidad, cuyo carácter objetivo permite cuando materializan una acción administrativa, su aplicabilidad a un sujeto privado (45).

En aras de una mayor claridad nos referiremos a algunas de las instituciones jurídico-administrativas básicas que nos pueden servir de piedra de toque para dilucidar el régimen jurídico de los vicarios administrativos.

A) *El personal*

Se ha señalado, y ésta es una opinión mayoritaria, que el ejercicio indirecto de funciones públicas no transforma al particular en un ente público, ni a sus empleados en funcionarios públicos. Se trata, simplemente, de un ejercicio privado de funciones públicas, y como privada es la persona del vicario administrativo, privado es también el personal que de él depende para el desarrollo de la función que tiene a su cargo; privada es la relación jurídica que une al personal y al vicario, y privados han de ser también los actos del vicario respecto de ese personal, salvo que expresamente la legislación disponga lo contrario (46).

En algún aspecto, sin embargo, ese personal está sometido a ciertas derogaciones del régimen común (47), tales como una especial protección penal del personal del vicario (48) o el sometimiento de éste a un efectivo poder de tutela en materia de personal (49).

B) *Los bienes*

Ni que decir tiene que no nos referimos a aquellos bienes que la Administración puede haber puesto a disposición del vicario administrativo para el mejor cumplimiento de la función pública enco-

(45) LLISET BORRELL, F.: *La actividad urbanística de los particulares...* (tesis doctoral).

(46) BALLBÉ, M.: *Actos administrativos*, NEJ, II, p. 304.

(47) NEGRÍN, J. P.: *L'Intervention des personnes morales de Droit privé...*, cit., p. 212.

(48) Los guardias juramentados, como agentes de un vicario administrativo, como podría ser un urbanizador particular, tienen la consideración de autoridad a los efectos de configurar el delito que tipifica el vigente artículo 231 del Código Penal, según tiene declarada reiterada Jurisprudencia de la Sala 2.ª fr. nuestro Tribunal Supremo.

(49) Con arreglo al artículo 30,2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, el nombramiento de los agentes ejecutivos del concesionario corresponde a la Administración.

mendada; tales bienes serán, en todo caso, por concurrir en ellos las notas esenciales de la titularidad y de la afectación públicas, bienes de dominio público (50).

Aludimos, concretamente, a los bienes que son propiedad del vicario y están afectados a la satisfacción de una determinada tarea o realización públicos, con previsión de futura reversión a la Administración pública o sin ella. Contra lo que, en principio, pudiera pensarse, estos bienes privados están sometidos a un régimen exorbitante, análogo pero no idéntico, al del dominio público (51). Por de pronto, les alcanzará la prohibición del *ius disponendi*, la inembargabilidad y la sumisión a los poderes de vigilancia y control de su ordenación de la Administración pública mientras los bienes permanezcan afectados a la finalidad pública. Y esto porque es inevitable contemplar el instituto de la afectación autónomamente, disociado del otro elemento fundamental del concepto de dominio público como hace la más reciente doctrina (52).

C) *Los medios financieros*

A veces la actividad administrativa del vicario consiste, precisamente, en la exacción de medios financieros de la Administración pública, como en el caso de la recaudación por retención. Pero nos referimos aquí, exclusivamente, al régimen jurídico al que quedan sometidos los medios financieros del vicario, como elemento indispensable para la eficacia de su organización, en cuanto ésta se encamina a una finalidad pública.

Ya hemos visto que los bienes del vicario administrativo participan de la exorbitancia de los bienes de dominio público en cuanto afectos a un uso o a un servicio público. ¿Ocurre de igual modo con los medios financieros?

Hemos de distinguir dos clases de medios financieros: los de carácter organizativo, que se generan en la esfera doméstica del vicario,

(50) BALLBÉ, M.: Voz «Dominio público», NEJ, VII, p. 772, y GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, en el núm. 29 de esta REVISTA, 1959, p. 11.

(51) MELÁN GIL, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, Madrid, 1967, p. 61, que recoge la idea de VILLAR PALASÍ del dominio público como técnica de intervención más que como titularidad pública.

(52) ARIÑO ORTIZ, C.: *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, 1973, pp. 18 y 72 a 91, que lleva hasta sus últimas consecuencias la disociación de titularidad y afectación enunciada por GARCÍA-TREVIJANO.

como las cuotas que han de satisfacer los miembros de una Asociación de propietarios, y los que presentan un aspecto relacional con personas extrañas a la organización del vicario, como son las tarifas de los servicios públicos concedidos.

Los primeros no son, en rigor, el resultado de una potestad fiscal, sino del consentimiento de los miembros de la Asociación, expresado a través de la mayoría (53). Sin embargo, el ordenamiento jurídico autoriza en ocasiones a utilizar el procedimiento de apremio a través de la Administración (54).

En cuanto a los segundos, la doctrina se muestra dubitativa en orden a la naturaleza jurídica (tasas o precios) de las tarifas de los servicios explotados por gestión indirecta, siendo la forma de exacción distinta según la postura que, en definitiva, se adopte, que, por otra parte, produce el efecto de residenciar el conocimiento litigioso a la Jurisdicción contencioso-administrativa o a los Tribunales ordinarios (55).

Los fondos utilizados por los vicarios de la Administración no son, en cuanto fondos propios, fondos públicos, limitándose sus titulares a beneficiarse reflejamente de la prerrogativa administrativa en cuanto destinados a financiar obras o servicios públicos (56).

D) *Los actos*

Es, cabalmente, la naturaleza administrativa de algunos actos de una persona o sujeto privados lo que justifica el esfuerzo de elaboración del concepto jurídico de vicario de la Administración pública, según hemos visto páginas atrás.

(53) ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones profesionales y Administración pública*, en el núm. 72 de esta REVISTA, 1973, p. 62, y LLISET BORRELL, F.: *La actuación urbanística de los particulares...*, cit., en donde se analiza la naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización.

(54) Véanse los artículos 128.4, 2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y el 211 de la Ley del Suelo. La Administración, como dice GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, p. 304, utiliza los poderes exorbitantes en beneficio de los titulares de actividades de interés público.

(55) Nos inclinamos por la tesis administrativista, mantenida, entre otros, por ALESSI, R.: *La prestazioni amministrative rese ai privati*, 2.ª ed., 1956, p. 35, y RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969, p. 178. Véase el artículo 55 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

(56) Más arriba hemos individualizado en el sentido indicado en el texto a los vicarios reflejos, aunque en la realidad es difícil que los vicarios dejen de ser substantivos, instrumentales y reflejos a un mismo tiempo.

Un sector abundante de la doctrina francesa y, entre nosotros, algunos autores aislados, sin echar en el olvido a autores tan significativos como ALESSI en la doctrina italiana (57), mantienen que las personas privadas encargadas del ejercicio de funciones públicas pueden dictar actos administrativos, impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, una vez revisados por la Administración de cobertura.

Los actos emanados de los vicarios administrativos no se reducen a los actos preparatorios y de ejecución, sino que alcanzan a los resolutorios, si bien puedan éstos ser recurridos en alzada ante la Administración antes de serlo ante los Tribunales contenciosos (58). Precisamente nos hemos basado más arriba en esta tipología de los actos administrativos (59) para obtener, por traslación, otra de los vicarios de la Administración (sustantivos e instrumentales).

Difícilmente se puede admitir que los vicarios administrativos puedan dictar reglamentos, pues aquellas normas generales que suelen emanar de las organizaciones privadas imponiéndose a sus miembros no son tanto fruto del ejercicio de una verdadera potestad reglamentaria como de una técnica convencional asentada sobre el principio de las mayorías (60).

E) Los contratos

Las relaciones jurídico-administrativas entre particulares, cuya realidad ha puesto de relieve con un singular énfasis lo más moderno de nuestra doctrina (61), no sólo encuentran su fuente en los actos administrativos dictados por los vicarios administrativos, sino que, además, pueden deber su origen a contratos administrativos entre particulares,

(57) Véase EISENMANN: *L'Arrêt Monpeurt: légende et réalité, Mélanges Mestre*, Paris, 1956. También la referencia de ENTRENA, R.: *Curso...*, cit., p. 341, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo, Sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 131.

(58) Ya hemos visto que pueden ser recurridos en «reposición» ante el ente local concedente los actos dictados por el concesionario en el ejercicio de las funciones delegadas; el vigente Reglamento de Reparcelaciones también admite un recurso ante el Ayuntamiento o el órgano urbanístico de que dependen las Entidades urbanísticas colaboradoras.

(59) *Vid.* nota 56.

(60) NEGRÍN, J. P.: *L'intervention des personnes morales...*, cit., p. 147.

(61) Además de RIVERO YSERN, E.: *Derecho administrativo y las relaciones...*, tantas veces citado, v'd. PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Privilegios de la decisión ejecutiva y proceso contencioso*, en el núm. 55 de esta REVISTA, 1968, p. 111.

uno de los cuales sustituye (62) a la Administración pública en la posición de prerrogativa.

La doctrina francesa señala escasas pero importantes excepciones a la regla general del carácter privado de los contratos que se celebran entre particulares cuando uno de ellos actúa como sustituto de la Administración pública: valgan los ejemplos de los contratos de Derecho público por determinación de la ley (63) y los contratos formalizados por mandatarios de la Administración que tengan por objeto obras o servicios públicos (64).

Pese a la posición contraria y excesivamente generalizante de nuestra legislación sobre contratos administrativos y de buena parte de nuestra doctrina, y aparte de las precisiones que se han dejado consignadas al tratar de la naturaleza jurídica de las tarifas de los servicios concedidos y explotados por gestión indirecta, bastará una lectura del artículo 4.º del Reglamento de Expropiación Forzosa vigente para darnos cuenta de que el convenio entre el beneficiario y el expropiado es administrativo, y a idéntica conclusión habremos de llegar, a la luz de la Jurisprudencia más reciente, en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica (65), o el de obras de urbanización entre una Sociedad privada municipal y un contratista (66).

Con todo, por lo general, los contratos que celebra el vicario con otros particulares son privados, y si, con arreglo a la ley, deben ser aprobados por la Administración, dicha aprobación hace las veces de un mero requisito de eficacia administrativa de un contrato que no por ello pierde su naturaleza privada (67).

F) *La responsabilidad extracontractual*

El problema queda planteado en torno a la responsabilidad por daños causados por el vicario administrativo como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público que gestiona, dando

(62) RIVERO YSERN, E.: *Op. cit.*, p. 138, sobre la sustitución, y también VALLINA VELARDE, J. L. de la: *Transferencia de funciones administrativas*, cit., p. 14.

(63) Art. 134 del *Código francés del dominio del Estado*.

(64) NEGRÍN, J. P.: *L'intervention...*, cit., p. 193.

(65) *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1972 (*Ar.* 1709).

(66) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1973. *Vid.* comentario de T. R. FERNÁNDEZ en «Civitas» núm. 1, 1974, p. 115.

(67) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La figura del contrato administrativo*, en el número 41 de esta REVISTA, 1963, p. 123.

a la expresión servicio público el sentido amplio de «giro o tráfico administrativo» (68).

La solución en el Derecho positivo español difiere según la figura vicaria que contemplemos. Cuando se trata de servicios «concedidos» la reclamación deberá dirigirse a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla: la Administración o el concesionario (69). En cambio, cuando se trate de contratos de obras públicas, será de cuenta del contratista, por la vía de la jurisdicción ordinaria, indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones materiales que requiera la ejecución de las obras. Sólo será de la Administración la responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o como consecuencia de los vicios del proyecto (70). Si se actúa frente a la Administración, la Jurisdicción competente será lógicamente la contencioso-administrativa.

De *lege ferenda* se ha mantenido que con el mismo fundamento que apoya la responsabilidad administrativa del concesionario ha de admitirse la responsabilidad administrativa del contratista de obras públicas, pero aunque en otras épocas históricas el Derecho positivo español acogió esta tesis, sostenida por el ordenamiento positivo francés, hoy no es posible llegar a idéntica conclusión con la Ley de Contratos del Estado, ni tampoco en la etapa precedente representada por la vigencia del artículo 121,3 de la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877. Lo que no es óbice para que la exclusión de la Jurisdicción contencioso-administrativa de la responsabilidad del contratista no entrañe un contrasentido y una disminución de garantías jurídicas para los perjudicados que habrán de calibrar antes de entablar una acción de responsabilidad, siempre con grave riesgo de no acertar en la elección de la vía procesal, si el daño ha sido producido o no como consecuencia de vicios del proyecto o de una orden de la Administración, cuestiones que, obviamente, corresponden al conocimiento de los Tribunales administrativos (71).

(68) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1958, p. 197, y MARTÍN-RETORTILLO, L.: *Responsabilidad de la Administración y Jurisdicción*, en el núm. 42 de esta REVISTA, 1963, p. 919.

(69) Véase el artículo 123 de la *Ley de Expropiación Forzosa* y RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo y las relaciones...* cit., p. 229.

(70) Véase el art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado.

(71) RIVERO YSERN, E.: *Derecho administrativo y las relaciones...* cit., p. 240.

En definitiva, lo que defendemos aquí es el mantenimiento de la competencia administrativa en materia de responsabilidad derivada de la función administrativa vicaria, pero, además, siempre de *lege ferenda*, que la responsabilidad, en estos casos, esté sujeta al Derecho administrativo y no al Código Civil, cosa deseable por la mayor cobertura que actualmente proporciona la responsabilidad administrativa, al contrario de lo que una observación superficial de ambos ordenamientos pudiera hacer pensar (72).

10. CONCLUSIONES

Somos conscientes de que las generalizaciones excesivas no conducen en Derecho a ninguna parte, y no ignoramos que el mantenimiento a ultranza de un estatuto jurídico unitario del vicario administrativo podría llevarnos a consecuencias negativas propias de todo dogmatismo. No hemos pretendido, al elaborar el concepto jurídico genérico del vicario administrativo, reducir a unidad técnico-jurídica una serie de realidades poco afines, tratando de aplicarles indiscriminadamente unas mismas consecuencias jurídicas. Nuestro objetivo ha sido mucho más modesto: trazar unas líneas comunes, muy generales, que permitan detectar la presencia de un nuevo fenómeno que está necesitado de estudio y análisis, y ofrecer un enfoque nuevo, aunque no del todo original, en el tratamiento de los sujetos activos de la función administrativa, sin que se vea quebrantada en sus líneas maestras la concepción subjetiva de la Administración pública, que encuentra en los vicarios administrativos un complemento adecuado de las estructuras administrativas tradicionales para hacer frente al reto de la ampliación exacerbada de los fines públicos, cuya titularidad está y ha de estar atribuida, en todo caso, a los entes administrativos.

(72) CLAVERO ARÉVALO, M. F.: *La quiebra de la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad*, en el número 66 de esta REVISTA, 1971, pp. 99 y 123.

JURISPRUDENCIA

