

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR ENTIDADES
PRIVADAS COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

FRANCISCO ALFONSO LAGOS YANES

Asesor:

ALEJANDRO MOSCOL SALINAS

Lima, 2017

*A mi madre, por todos sus sacrificios,
por todo su cariño, y por seguir hasta
hoy en día empujando este coche repleto
de desaciertos e imperfecciones.*

*Y a mi padre, por su incondicional
apoyo desde el inicio de mi carrera. A
ti, estés donde estés, dedico este modesto
trabajo en tu memoria.*



“(…) en realidad, todo el derecho se fundamenta a la vez en los dos inescindibles principios de individualidad y socialidad que entretienen y constituyen la condición personal del ser humano, única razón de ser de lo jurídico”.

José Luis Martínez López-Muñiz

“Forbidden to forbid. Freedom begins with a ban.”

Jim Morrison

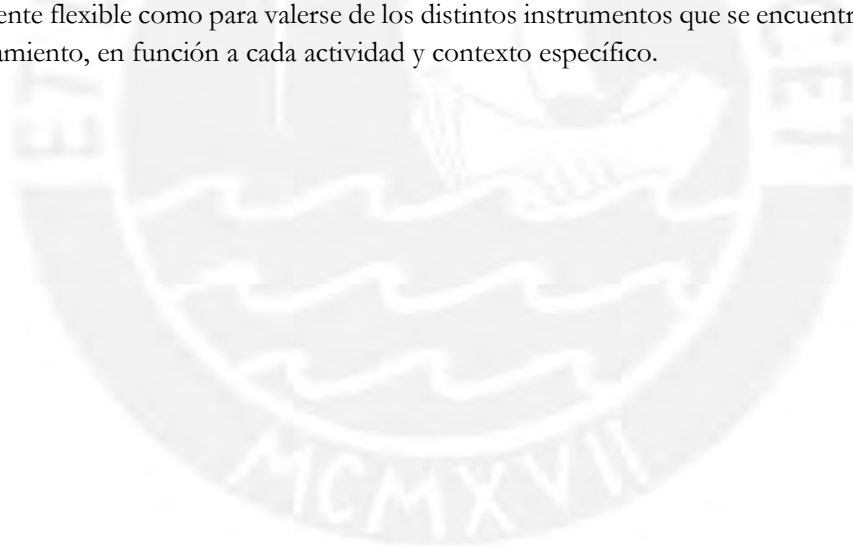
“I stand upon my desk to remind myself that we must constantly look at things in a different way.”

Dead Poets Society, 1989



RESUMEN

La presente investigación se enfoca en el análisis del “*Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*” (EPCA), figura del Derecho administrativo que pretende englobar una serie de supuestos en los que la Administración traslada a los particulares la facultad de realizar ciertas funciones públicas, con el fin de obtener con ello un mejor resultado a que si dicha actividad hubiera sido realizada directamente por aquella. No obstante, este mecanismo no ha sido debidamente regulado por nuestro ordenamiento jurídico, de modo tal que resulta importante determinar los criterios, fundamentos y efectos que subyacen a esta forma de colaboración entre los administrados y la Administración. De acuerdo con ello, esta tesis está orientada a la consecución de los siguientes objetivos generales: i) Determinar la viabilidad jurídica de la participación del sector privado en el ejercicio de una función pública, a partir de la teoría del derecho administrativo y el análisis de la doctrina comparada; ii) Determinar el contenido del EPCA como figura del Derecho público, con el fin de identificar adecuadamente su naturaleza jurídica, estructura, procedimiento, elementos característicos y delimitación respecto de otros conceptos relacionados; e, iii) Intentar determinar el mecanismo legal por medio del cual se efectúa el traslado de las funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares, de acuerdo al marco legal vigente; o, de ser el caso, evaluar una posible solución ante la indeterminación de instrumentos específicos. Al respecto, concluimos que el EPCA es una figura que carece de una regulación normativa genérica y específica que permita dar con una respuesta concisa y directa sobre la correcta manera de trasladar el poder público a los administrados. Es por ello que, a falta de un mecanismo diseñado teórica y normativamente para viabilizar este tipo de operaciones, somos de la opinión de que nuestro marco legal debe ser lo suficientemente flexible como para valerse de los distintos instrumentos que se encuentran recogidos en el ordenamiento, en función a cada actividad y contexto específico.



ÍNDICE

Introducción.....	08
1. Capítulo I: La participación de los particulares en la Administración Pública: fundamentos teóricos.....	14
1.1. La colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas: teoría general y fundamentación jurídica.....	15
1.1.1. Sobre la Teoría de sistemas y las primeras consideraciones de una interacción natural entre Estado y sociedad civil.....	16
1.1.2. Los ámbitos de acciones concertadas y promoción de las formas de participación ciudadana en los asuntos públicos: hacia la creación de espacios de interacción entre Estado y sociedad civil.....	18
1.1.2.1. Los espacios de acciones concertadas entre sistemas: interacción de la sociedad civil y los poderes públicos.....	18
1.1.2.2. El papel de la participación ciudadana: visión general.....	20
1.1.3. Sociedad civil y participación ciudadana: la base de la participación de los ciudadanos en la Administración.....	22
1.1.3.1. Sobre la participación de los particulares en las actividades de naturaleza pública.....	22
1.1.3.2. Separación del concepto de participación ciudadana respecto a la participación de los ciudadanos en procedimientos administrativos.....	23
1.1.3.3. Contenido constitucional del derecho de participación ciudadana: interpretación amplia.....	24
1.1.3.4. Formas de participación ciudadana en la Administración.....	26
1.1.3.4.1. Participación orgánica.....	26
1.1.3.4.2. Participación funcional.....	27
1.1.3.4.3. Participación cooperativa.....	28
1.2. La Técnica, la Eficacia y el Riesgo como conceptos clave de la participación entre sujetos públicos y privados: motivos del acercamiento al sector privado por parte del Estado.....	29
1.2.1. Objetivos de garantía y control.....	30
1.2.2. La “técnica” como fuente de especialización y la “eficacia” como elemento base de la colaboración.....	31
1.2.3. El “riesgo” como elemento legitimador de la intervención administrativa: una “sociedad de riesgo”.....	33
1.3. Las nuevas formas de participación y correlación entre Estado y sociedad para el ejercicio del poder público: la “Autorregulación regulada” y el “Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas”: descripción general e introductoria.....	34
1.3.1. Generalidades sobre la regulación.....	35
1.3.1.1. La regulación pública de la autorregulación: la autorregulación regulada.....	38
1.3.1.2. Delimitando conceptos: diferencia entre de la autorregulación regulada respecto a la figura del Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras.....	39

2. Capítulo II: El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradas de la Administración (EPCA): análisis de una nueva forma de participación de los particulares en las actividades de la Administración.....	43
2.1. Las potestades inherentes a la soberanía del Estado: actuaciones en virtud del <i>ius imperium</i>	43
2.1.1. Los conceptos ambiguos de soberanía, poder, potestades, prerrogativas y autoridad.....	44
2.1.2. La <i>auctoritas</i> y la <i>potestas</i>	50
2.2. La Administración pública y sus principales manifestaciones.....	52
2.2.1. Concepto de Administración Pública: acotaciones generales.....	53
2.2.2. Actividades de la Administración Pública.....	59
2.2.3. Las funciones involucradas en la actividad de policía administrativa.....	61
2.3. Sobre las Funciones públicas.....	66
2.3.1. Sobre las Funciones estatales en general.....	68
2.3.1.1. Función gubernativa: concepto.....	73
2.3.1.2. Función administrativa: concepto.....	74
2.3.2. Función pública: concepto y elementos.....	83
2.3.2.1. Las funciones públicas como una institución más allá del funcionario público.....	83
2.3.2.2. Definición de Función pública.....	85
2.3.2.3. Primer elemento: El carácter administrativo y principal de las actividades.....	89
2.3.2.4. Segundo elemento: La competencia del organismo o autoridad pública.....	91
2.3.2.5. Tercer elemento: El interés público directo y concreto.....	95
2.3.2.6. Cuarto elemento: El ejercicio de potestades, poderes, prerrogativas públicas o autoridad.....	99
2.3.3. Diferencia entre Funciones administrativas y funciones públicas: relación de género - especie.....	102
2.3.4. Funciones públicas y Servicio públicos.....	105
2.3.4.1. Concepto de servicio público.....	106
2.3.4.2. Diferencia entre Funciones públicas y Servicios públicos.....	111
2.4. El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradas de la Administración (EPCA).....	117
2.4.1. Breve repaso de las justificaciones teóricas del EPCA.....	117
2.4.2. Análisis de constitucionalidad de los bienes jurídicos comprometidos en un esquema de EPCA. ¿Nuestra Constitución permite este tipo de mecanismos de colaboración?.....	122
2.4.3. Propuesta de definición del EPCA.....	126
2.4.4. Elementos constituyentes del EPCA.....	131
2.4.5. Contenido del EPCA: ¿traslado de una función pública de <i>poder</i> o de <i>autoridad</i> ?.....	135
2.4.5.1. Sobre el traslado de un ejercicio de potestad pública o de autoridad: <i>potestas</i> o <i>auctoritas</i>	135
2.4.5.2. Sobre la legitimidad jurídica.....	138
2.4.5.3. Aplicación al caso de autoridad y potestad.....	140
2.4.5.4. Conclusión: el EPCA como mecanismo de atribución de funciones públicas de <i>poder</i> y/o <i>autoridad</i>	143

2.4.6.	El EPCA como figura distinta al “Ejercicio Privado de Funciones Públicas” (EPFP), y otras figuras conexas.....	144
2.4.6.1.	Breves notas sobre el caso de los <i>Beliebene</i> en el derecho alemán.....	152
2.4.7.	¿Es el EPCA una forma de privatización?.....	154
2.4.7.1.	Breves comentarios sobre los conceptos de privatización y liberalización.....	154
2.4.7.2.	Aplicación a la figura del EPCA.....	157
2.4.8.	El EPCA como una manifestación de Colaboración Público-Privada.....	163
2.4.8.1.	Concepto y elementos: una <i>idea</i> general de CPP.....	163
2.4.8.2.	Delimitaciones estrictas de la <i>idea</i> de CPP en función al marco legal peruano.....	166
2.4.8.3.	Inclusión relativa pero suficiente en la <i>idea</i> genérica de CPP.....	170
3.	Capítulo III: Sobre los mecanismos legales aplicables para el traslado de funciones públicas a los particulares: Análisis en virtud del marco legal vigente.....	173
3.1.	Sobre la autorización administrativa.....	174
3.1.1.	Concepto e incompatibilidad teórica de la autorización en relación al EPCA.....	174
3.1.2.	Utilidad práctica y económica de la autorización para determinadas funciones públicas: El caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV).....	177
3.2.	Sobre la concesión administrativa.....	182
3.2.1.	Definición y naturaleza jurídica de la concesión.....	183
3.2.2.	La concesión según el ordenamiento jurídico peruano.....	187
3.2.3.	Sobre la concesión de función pública.....	189
3.2.3.1.	Antecedentes históricos.....	189
3.2.3.2.	La teoría unitaria de la concesión: el traslado de funciones sin <i>poder</i>	191
3.2.3.3.	Sobre los supuestos <i>poderes de autoridad</i> del concesionario de servicios públicos.....	195
3.2.3.4.	La función pública como objeto mismo del contrato de concesión: crítica en virtud del marco legal vigente.....	200
3.2.4.	La concesión de centros penitenciarios: ¿Concesión de una infraestructura o de una función pública?.....	206
3.2.4.1.	Sobre la participación privada en el Sistema Penitenciario: Las “cárceles privadas” y el DL 1229 como norma orientada a concesiones de infraestructura penitenciaria.....	206
3.2.4.2.	Justificación de la utilidad práctica y económica de la concesión para ciertos supuestos de EPCA, más allá de las falencias teóricas.....	211
3.2.5.	Conclusión de la sección.....	213
3.3.	La delegación administrativa.....	215
3.3.1.	Fundamentos de la delegación administrativa.....	216
3.3.2.	Concepto de delegación administrativa.....	218
3.3.2.1.	¿Delegación de competencia o delegación de función?.....	223
3.3.3.	Análisis de la posible aplicación de la delegación administrativa en el esquema del EPCA.....	227
3.3.4.	Primer supuesto: la delegación debe trasladar funciones públicas.....	228
3.3.5.	Segundo supuesto: el traslado debe efectuarse en personas jurídicas privadas.....	229

3.3.5.1.	Sobre la identificación de las personas jurídicas privadas del artículo I.8 del TUO de la LPAG como entidades de la Administración.....	231
3.3.5.2.	Sobre la posibilidad de que personas jurídicas privadas emitan actos administrativos: posición a favor.....	237
3.3.5.2.1.	Concepto de acto administrativo: el acto <i>regulador</i>	238
3.3.5.2.2.	Sobre el carácter orgánico del acto administrativo y la eficacia jurídico-pública de algunos actos privados.....	240
3.3.5.2.3.	Hacia un nuevo enfoque de la naturaleza jurídica de ciertos actos privados: el acto administrativo como una consecuencia lógica del EPCA.....	243
3.3.5.3.	Interpretación contradictoria a los antecedentes comparativos y al enfoque práctico del mecanismo de la delegación.....	250
3.3.6.	Tercer supuesto: la delegación debe poder manifestar una forma de Colaboración Público-Privada.....	256
3.3.7.	Conclusión del apartado.....	265
3.4.	El encargo de gestión.....	266
3.4.1.	Concepto.....	267
3.4.2.	Sobre el elemento objetivo del encargo de gestión.....	269
3.4.3.	Sobre el elemento subjetivo del encargo de gestión.....	272
3.4.3.1.	Precisión respecto a la relación entre órganos jerárquicos.....	275
3.4.3.2.	Sobre la posibilidad de encomendar a personas jurídicas del sector privado.....	276
3.4.4.	Sobre la posible naturaleza contractual del encargo de gestión.....	280
3.5.	Descarte de una utilización directa de la figura del convenio de colaboración: revisión a partir del caso del Touring Automóvil Club del Perú.....	286
3.6.	La apuesta por un mayor uso de los sistemas de acreditación pública.....	290
3.6.1.	La Acreditación: una buena alternativa para complementar la mecánica de habilitación de entidades privadas colaboradoras.....	291
3.6.2.	Modalidades de acreditación.....	293
3.6.2.1.	Acreditación privada seguida de autorización administrativa.....	294
3.6.2.2.	Acreditación pública: contraste con el supuesto de los Terceros Supervisores de OEFA y las empresas supervisoras en el sector eléctrico.....	295
3.6.3.	La contratación pública para la prestación de servicios relacionados a funciones públicas y su adecuación con un sistema complementario de acreditación.....	303
3.7.	Recomendaciones finales.....	306
Conclusiones.....		310
Bibliografía.....		315
Agradecimientos.....		341

INTRODUCCIÓN

La participación de los privados en las funciones y actividades de la Administración no es algo nuevo, pues, de hecho, es lo común y esperado de toda sociedad democrática y encaminada al desarrollo. Desde hace muchos años ya se vienen dando expresiones de diferentes tipos en las que se ve una cooperación mutua entre ciudadanos y Estado, lo que demuestra una natural y progresiva interacción entre ambos ámbitos.

Esta participación, desde luego, empieza a través de ciertos vestigios de cooperación sobre asuntos generales y ambiguos, como son los ejemplos de audiencias públicas, o participación en ciertas decisiones de las autoridades que incidan directamente en los intereses de los ciudadanos. Desde la algarabía de las corrientes progresistas de mayo de 1968 en Francia, que impulsaron la participación ciudadana en las reformas de una sociedad estancada; hasta los procesos de descentralización iniciados en nuestro país desde hace más de una década; encontramos expresiones, bajo distintas formas, de un fomento de la participación del ciudadano en los asuntos públicos.

Esta participación, en su origen ambiguo, difuso y general, ha ido calando cada vez más en diferentes y específicos sectores de correspondencia de los poderes públicos. La inclusión de la participación o colaboración de los particulares en materias y proyectos económicos de alto impacto en la sociedad, es un clásico ejemplo de ello, al punto de que hoy en día la regla general es que los privados empujen el coche del aparato productivo y asistencial del país.

Son los privados los primeros a ser llamados en la tarea de la prestación de servicios públicos, ejecución de obras públicas, entre otras tareas económicas de interés público que se demanda al Estado, fórmula que se corresponde con las mismas limitaciones que éste posee en su deber de cumplir con las exigencias de quienes conforman la sociedad. El Estado se vuelve un garante de estas prestaciones, cediendo en la mayoría de los sectores su protagonismo como principal y directo ejerciente de las tareas económicas, pero sin perder las responsabilidades, titularidades y demás deberes que, por mandato constitucional, mantiene sobre aquellas. Situación que se ha visto reflejada constantemente en las experiencias de América Latina y el Caribe.

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

Las causas son, prácticamente, las mismas que motivaron a la inicial colaboración privada en los proyectos económicos. Las funciones públicas de la Administración, tareas que involucran el ejercicio de autoridad o auténticas potestades públicas, cada vez más requieren, al igual que los servicios públicos, de un actuar especializado, técnico y experto. Las Administraciones muchas veces carecen de estos elementos, y por ello surge la necesidad de que, en aras de una adecuada ejecución de sus funciones, se valgan de la cooperación de empresas privadas especializadas. Y a esta fórmula se le conoce, doctrinalmente, como el “ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”.

No obstante, y pese a los interesantes aportes académicos que existen en torno a esta figura, principalmente provenientes de la doctrina española, nuestro marco legal no ha seguido la misma

línea de profundización. Y ello se corresponde en un evidente vacío normativo que regule adecuadamente este tipo de formas de colaboración.

En consecuencia, la presente investigación se desarrolla en torno al análisis y profundización de esta novedosa forma de colaboración de los privados en las actividades de la Administración, análisis que abarca no sólo una explicación de los motivos que fundamentan esta fórmula participativa, sino también de las mismas estructuras teóricas que la legitiman, la naturaleza jurídica de su figura, y los medios a través de los cuales se concreta en el plano legal y práctico, entre otras consideraciones.

Nuestro interés por este análisis surge, precisamente, al darnos cuenta que hoy en día se desarrollan y promueven una serie de actividades que implican un ejercicio privado de auténticas funciones públicas bajo lógicas similares a las de actividades puramente comerciales, y sobre las cuales no se ha desarrollado una profundización teórica suficiente, ni tampoco una regulación normativa uniforme y concisa. Este tipo de esquemas de colaboración no sólo son cada vez más frecuentes en la práctica de las diferentes Administraciones, sino que su aplicación es, hasta cierto punto, necesaria en función al contexto de las sociedades industrializadas, en las que el sector civil adquiere constantemente un nivel de especialización superior al del sector público, con directas implicancias en el bienestar de la colectividad.

Metodología del contenido de investigación

La presente investigación estará orientada a la consecución de los siguientes objetivos generales:

- i) Determinar la viabilidad jurídica de la participación del sector privado en el ejercicio de una función pública, a partir de la teoría del derecho administrativo y el análisis de la doctrina comparada;
- ii) Determinar el contenido del “*El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, como figura del Derecho público, con el fin de identificar adecuadamente su naturaleza jurídica, estructura, procedimiento, elementos característicos y delimitación respecto de otros conceptos relacionados;
- iii) Intentar determinar el mecanismo legal por medio del cual se efectúa el traslado de las funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; o, de ser el caso, evaluar una posible solución ante la indeterminación de instrumentos específicos.

Esta investigación parte, entonces, de una metodología hipotético-deductiva, en la que a través de supuestos reales y contextualizados (funciones públicas realizadas por privados), se genera un proceso de inducción de los problemas detectados para la identificación de una teoría jurídica (relacionado a los motivos, contenidos y medios a través de los cuales se materializan dichos supuestos).

1.- En primer lugar, nos involucraremos en un análisis explicativo sobre las causas que justifican este tipo de fenómenos colaboradores. Como señalamos, la fórmula de un esquema de colaboración privada en actividades de la Administración (cuyo carácter no es precisamente económico) termina abriendo nuevas ventanas de análisis jurídico, debido a la naturaleza misma de las actividades involucradas, las cuales se identifican en su contenido como auténticas funciones públicas del Estado.

En este sentido, la colaboración público-privada en materia de funciones públicas no es un típico caso estudiado por la doctrina, ni tampoco un supuesto adecuadamente cubierto por el ordenamiento

jurídico vigente y por la jurisprudencia nacional. Siendo esto así, sabemos que existen ciertos vacíos explicativos de estas formas de colaboración, por lo que corresponde en la presente investigación analizar las fundamentaciones jurídicas que sirven de base y que justifican estas formas de participación de los privados en las funciones del Estado.

Por ello, en el primer capítulo abordaremos el estudio de las bases jurídicas y extrajurídicas que legitiman y justifican la apertura de la participación privada en los asuntos públicos, o, mejor dicho, la participación de la sociedad civil en actividades de interés público inicialmente ejercidas por los poderes públicos. Se trata de entender, brevemente, las bases teóricas que viabilizan jurídicamente los distintos mecanismos de colaboración entre Estado y particulares, desde una óptica hasta cierto punto multidisciplinaria.

Por lo tanto, en dicho capítulo se desarrollarán, brevemente, los siguientes temas: los planteamientos de una necesaria interacción entre sistemas públicos y sistemas civiles; la apertura de espacios de acciones concertadas entre lo público y privado; las bases constitucionales y formas generales de participación ciudadana en los asuntos públicos; la evaluación de la complejidad tecnológica como justificación directa del esquema colaborador; las nuevas formas de intervención de la Administración en la sociedad, haciendo énfasis en los sistemas de regulación y autorregulación regulada; y un primer acercamiento en los modernos mecanismos de participación público-privada en la ejecución de funciones estatales.

A partir de estas primeras aproximaciones teóricas, nos será más sencillo comprender cómo es que se puede justificar que las funciones del Estado puedan ser objeto de ejercicio por parte del sector privado. En otras palabras, este capítulo pretende ser un desarrollo base para que podamos entender, en el plano legal, cómo es que un ámbito tan reservado del Estado puede ser “compartido” con los particulares.

2.- En segundo lugar, corresponderá analizar concretamente la figura colaboradora que nos concierne y que representa el fenómeno estudiado, conocido como el “*ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, como lo denomina la doctrina comparada.

Este nombre, si bien resulta en demasía extenso para hacer referencia a una figura jurídica de la rama del Derecho público, pretende contemplar todos los elementos involucrados en el referido esquema colaborador. Se trata, en suma, de darle una denominación específica a los casos en los que algunas entidades -personas jurídicas- de derecho privado ejercen, bajo un mecanismo legal, auténticas funciones públicas por habilitación de la Administración.

Para ello, en el segundo capítulo nos enfocaremos en desarrollar con profundidad el contenido, naturaleza jurídica, elementos constitutivos, delimitación respecto de otras figuras semejantes, entre otros criterios de esta figura del derecho administrativo.

En este sentido, en el segundo capítulo se abarcarán los siguientes tópicos: i) la revisión preliminar de los elementos derivados de la soberanía del Estado, como las potestades, poderes, prerrogativas y autoridad; ii) el análisis del concepto mismo de Administración pública, funciones estatales, funciones administrativas; iii) el análisis específico del contenido, naturaleza y elementos de la categoría de “funciones públicas” de la Administración; iv) su diferencia respecto a otras figuras como los servicios públicos; v) la correspondencia entre la noción de funciones públicas y su posibilidad de ejercicio por parte de privados; vi) las nociones de ejercicio de autoridad o ejercicio de potestad en virtud de este

esquema de colaboración; vii) la relación de esta figura jurídica con los conceptos de liberalización y privatización; viii) y su relación con la noción normativa y actual de la Colaboración Público-Privada.

A partir de las conclusiones obtenidas en dicho capítulo, podremos identificar una específica figura del derecho administrativo, no muy estudiada hasta el momento, que representa los casos en los que entidades del sector privado ejercen, por habilitación de la Administración, funciones públicas para el beneficio del interés público y también su beneficio privado, esquema similar a lo que sucede en el caso de los servicios públicos.

3.- Finalmente, revisaremos desde un plano teórico y normativo los mecanismos a través de los cuales se podrían trasladar las funciones públicas a la esfera de ejercicio de las entidades privadas. Es decir, a partir de un análisis exhaustivo del marco legal vigente de nuestro país –en el que, principalmente, abordaremos disposiciones de las normas relacionadas al procedimiento administrativo, colaboración público-privada y promoción de la inversión privada–, y de la doctrina más relacionada a nuestro objeto de estudio, nos enfocaremos en determinar si existe un instrumento legal lo suficientemente idóneo para efectivizar este traslado de funciones. El referido análisis no garantiza, desde luego, que se obtenga una respuesta específica respaldada en la identificación de un mecanismo diseñado a la medida de estas fórmulas de colaboración, siendo enteramente posible que nuestro marco legal no tenga previsto ni haya regulado un adecuado sistema legal para la habilitación de las entidades privadas colaboradoras.

Sobre la base de estas premisas, en el tercer capítulo nos remitiremos a analizar los siguientes tópicos: i) el análisis de la autorización administrativa y su relación al ejercicio de funciones públicas como la Inspección Técnica de Vehículos; ii) el estudio de la concesión administrativa como supuesto título para el ejercicio de funciones de poder; iii) la inviabilidad teórica de la concesión en contraste con la relevancia práctica de su uso en determinadas funciones públicas, como la gestión penitenciaria; iv) el análisis de los mecanismos organizacionales de la delegación y encargo de gestión de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444; v) un estudio de los sistemas de acreditación para el ejercicio de funciones públicas; y vi) conclusiones generales sobre los mecanismos estudiados para el establecimiento de criterios de preferencia en la aplicación práctica.

Marco teórico y Estado de la cuestión.

La presente investigación gira en torno al estudio de algunos conceptos claves que, en su conjunto, formante parte de una estructura lineal que identifica una nueva forma de colaboración privada con la Administración.

Uno de los pilares fundamentales en nuestra construcción teórica está relacionada con las nociones mismas de *poder*, *potestades* y *autoridad*, las cuales, en conjunto, dan cuenta de expresiones que facultan a determinadas entidades públicas para establecer situaciones jurídicas concretas, y que tienen su origen en la concepción -difusa y originaria- de soberanía y *ius imperium*. Sobre estos elementos, la doctrina consultada, sin ser limitativa, gira alrededor de autores como Marienhoff (1966); Suñe Llinas (1989); García-Pelayo (1991) quien impecablemente hila estos conceptos con las nociones de *autoritas* y *potestas*; y claro está, García de Enterría y Fernández (2004).

A partir de ello, la investigación se torna en el análisis de conceptos más asentados en la rama del Derecho público, en donde infaltablemente se realiza una minuciosa revisión del mismo concepto de Administración Pública y sus distintas manifestaciones.

Concepto que, pese a los trabajos al que ha sido sujeto a lo largo de los años, mantiene aún trabas en la delimitación de su definición por la presencia de diferentes criterios, como los de tipo orgánico, material y negativo. Respecto a ello, ha sido de suma utilidad la revisión de autores como Parada Vázquez (1992); Bacacorzo (2002); y principalmente, Abruña Puyol (2010), quien con su espléndida obra *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano* ha contribuido sobremanera a la profundización de esta institución en nuestro país.

En el plano del estudio de las funciones públicas, hemos estructurado una definición de éstas a partir de los mismos elementos de *potestad* y *autoridad*, de la mano de una revisión del mismo concepto de función administrativa, para con ello, describir un tipo de función de la Administración que se vale, precisamente, de elementos de *poder* para cumplir los objetivos de interés público. Importantes contribuciones a la delimitación de estas nociones provienen, principalmente y a falta de profundizaciones contemporáneas, de autores clásicos como Zanobini (1958); Villegas Basavilbaso (1951); Gabino Fraga (1971); Parejo Alfonso (1992); Garrido Falla (1994); y Sánchez Morón (1997).

La delimitación del mismo concepto de función pública permite, a su vez, la delimitación de la noción de la figura administrativa objeto de investigación. En este sentido, el análisis del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración constituye un fenómeno que es abordado desde una óptica estructural, en la que se da cuenta de la existencia de una naturaleza jurídica definida, así como de elementos y características debidamente identificables.

Al respecto, esta investigación se ha respaldado consistentemente en los trabajos de la profesora de la Universitat de Girona, Dolors Canals i Ametller (2003), quien, gracias a su obra *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, y junto a las bases ya construidas por autores como Esteve Pardo (1999) y Fernández Ramos (2002), ha sido una de las principales fuentes, no sólo de quien escribe, sino de numerosos autores para el desarrollo y profundización de la investigación de esta forma de colaboración privada.

La profesora Canals describe el contexto, el origen, los elementos, la estructura y demás componentes de la referida figura administrativa, para lo cual, y como también hemos hecho nosotros, se apoya de diferentes casos prácticos como lo es la actividad de revisión técnica vehicular, supuesto que es abordado de manera específica a lo largo de la presente investigación. Así también, ha sido de suma utilidad la revisión de obras como las de Gardini (2010); Andrés Aucejo (2014); y de nuestra doctrina local, el invaluable aporte del maestro Danós Ordóñez (2006).

A partir de la descripción de esta figura, se ingresa al análisis de los instrumentos a través de los cuales se podría trasladar este ejercicio de las funciones públicas a los particulares. Usualmente, las Administraciones han utilizado los mecanismos de la autorización y concesión para efectivizar este traslado. No obstante, existe un curioso examen qué realizar al respecto, toda vez que, si bien dichos instrumentos pueden resultar útiles en el plano práctico de la operación de colaboración, su revisión bajo la óptica de la teoría del derecho administrativo devela una variedad de inconsistencias que merecen ser debidamente abordadas, a la luz de la doctrina y la legislación vigente.

Así, nos hemos apoyado significativamente de la revisión de autores como Laguna de Paz (2006) para el análisis de la autorización administrativa; y, de manera fundamental, las contribuciones teóricas de Villar Palasí (1952) para el aborde de la concesión administrativa y su relación con las funciones públicas. Igualmente, sobre este último instrumento, es de resaltar los aportes de López Ramón (1989); y Blanquer Criado (2012); y de manera general, sobre el estudio mismo de la técnica de la

concesión, los imprescindibles estudios de los profesores Zegarra Valdivia (1999), Martín Tirado (2010); y Baca Oneto (2014).

En cuanto a los mecanismos organizacionales, fundamentales han sido los estudios de De La Vallina Velarde (1963) para el análisis de la figura de la delegación administrativa; así como las infaltables obras de González Pérez y González Navarro (1991); Parada Vásquez (1993); Santamaría Pastor (2009); y, en nuestro país, Abruña Puyol (2010) y Martín Tirado (2007). Y sobre el mecanismo del encargo de gestión, muchas veces instrumento poco abordado por la falsa creencia de su inoperancia práctica, ha sido imprescindible el aporte de Vilalta Reixach (2012); y, Busquets López (2010).

Asimismo, relacionada a estas secciones, está la figura del acto administrativo que no podía pasar desapercibida, por su directa implicancia en el análisis de los actos de los entes privados que realizan prestaciones a nombre de la Administración. Sobre esto, nos hemos remitido a algunos de los principales aportes en el estudio de esta figura, por un lado, de la mano de Bocanegra Sierra (2005), y por el otro, ya en la doctrina local, de Huapaya Tapia (2010).

Finalmente, habiendo abordado todos los mecanismos que, de forma principal están directamente relacionados a la participación privada y las funciones públicas, se aborda un instrumento que, en nuestra opinión, se posiciona como la mejor opción (sin ser perfecta) para fomentar y efectivizar la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas. Se trata del sistema de acreditación pública, abordado en la doctrina, principalmente y sin que ello sea limitativo, por Galán Galán (2009), quien, de forma esquemática y bien desarrollada, aborda los elementos y modalidades de acreditación que son reconocidos por los ordenamientos jurídicos para viabilizar la operancia de estas nuevas formas de colaboración.

En consecuencia, los estudios consultados para el desarrollo de la presente investigación han estado concentrados, por un lado, en bibliografía clásica del derecho administrativo, toda vez que la profundización sobre determinadas bases conceptuales obliga a remitirnos a las concepciones mayormente aceptadas por la doctrina; y de otro lado, en bibliografía más reciente, y que está directamente enfocada en el análisis del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras, como consecuencia de una proliferación de este estudio que no se remonta a más de una década atrás.

CAPÍTULO I

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: BASES TEÓRICAS DE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE LA COLABORACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

Nuestro ordenamiento jurídico viene recogiendo, a lo largo de los años, expresiones reales y potenciales de participación privada en el ejercicio de funciones públicas. Sin perjuicio de profundizar en las nociones conceptuales que giran en torno a esta denominación, es claro que, al hacer dicha referencia, pretendemos hacer alusión a supuestos en los que sujetos privados -personas naturales o jurídicas¹- realizan una función reservada de la Administración pública, y que se configura como un deber producto de la soberanía misma del Estado.

Es claro que existirán funciones enteras y exclusivamente reservadas para la Administración y el Estado, que justifican su existencia misma y que, por lo menos en nuestro ideal contextualizado, no podrían involucrar ejercicio privado alguno. Es el caso de la impartición general de justicia sobre derechos no disponibles a cargo del Poder Judicial, la emisión de leyes generales por parte del Legislativo, la representación internacional a cargo de entidades específicas del Poder Ejecutivo, la defensa de la soberanía nacional, entre otros supuestos.

No obstante, y como se verá durante el primer y segundo capítulo, algunas de las funciones del Estado se posicionan en un punto medio o gris entre lo que son las funciones estrictamente exclusivas de los poderes públicos, y lo que son las mismas actividades económicas, total o relativamente libres para la participación privada. Es decir, cada vez más funciones públicas de la Administración se posicionan en una zona límite con los ámbitos de libre ejercicio de los particulares, y ello se debe, como se verá, por las mismas características de los *medios* a través de los cuales se expresan dichas funciones públicas (que tienen todos los componentes de actividad económica), y, principalmente, por la constante necesidad de las Administraciones de cubrir sus falencias técnicas y materiales por medio de la colaboración del especializado sector privado.

A lo largo de la presente investigación, nos remitiremos a tres expresiones concretas de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, sin perjuicio de referirnos a otros supuestos igualmente vinculados. Por un lado, mencionaremos el caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV). Como veremos de manera más exhaustiva en el tercer capítulo, las ITV es una actividad que consiste en la actividad de control de un producto industrial, orientada a la comprobación del buen estado y mantenimiento de los requisitos técnicos necesarios para la consecución de la eficacia mecánica en ellos prevista, evitando daños o riesgos a personas, o a otros bienes jurídicos protegidos², lo cual resalta su carácter de función pública.

Esta actividad, en nuestro país, está regulada principalmente por la Ley N° 29237 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo (en adelante “D.S.”) N° 025-2008-MTC. No obstante, existe toda una serie de controversias en torno a la naturaleza jurídica de actividad en las que se han visto involucrados entes como la Municipalidad Metropolitana de Lima y del Instituto Nacional de Defensa

¹ Nuestra investigación se centrará, específicamente, en el análisis de los supuestos de colaboración de personas jurídicas privadas en el ejercicio de funciones públicas, bajo esquemas de prestaciones recíprocas (onerosas), en los que existen retribuciones económicas por la función realizada.

² CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 160.

de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); que serán debidamente abordados en su momento.

De otro lado, se hará referencia transversalmente al supuesto de la gestión privada de las cárceles. La gestión penitenciaria, actividad que desarrolla el régimen penitenciario de nuestro país, constituye una auténtica función pública de obligación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). En principio, esta función pública es directamente ejercida por la Administración. No obstante, en virtud del Decreto Legislativo N° 1229, emitido en el año 2015, esta actividad penitenciaria está potencialmente abierta a la participación privada a través del mecanismo de concesiones y otras modalidades participación de la inversión privada; lo cual determina una participación privada en el ejercicio de la función pública penitenciaria, fórmula que será mejor abordada en el tercer capítulo.

También se revisará transversalmente, con cargo a un análisis más detallado en el tercer capítulo, el supuesto de los Terceros Supervisores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), actividad regulada en virtud de la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD, y que se configura como una forma de participación de personas naturales y jurídicas en la función pública de supervisión y fiscalización ambiental.

Sobre la base de estas primeras aproximaciones prácticas y normativas, podemos identificar una real aplicación de la figura del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras. En consecuencia, la pregunta, para esta sección, no está en torno a la existencia o no de estas formas, sino a un análisis previo directamente relacionado a la teoría del derecho administrativo, que es el de la legitimidad y viabilidad jurídica de estas formas de colaboración.

A la pregunta de cómo se debe efectuar un traslado de funciones públicas a los particulares y bajo qué expresiones prácticas se materializa, le anteceden interrogantes vinculadas específicamente al *por qué* deberían permitirse estas formas de participación. ¿El derecho realmente permite que los privados realicen funciones reservadas del Estado? Más allá de lo que indiquen las normas, ¿pueden los particulares realizar funciones públicas de la Administración? En este sentido, para poder realizar una apreciación sustanciosa y debidamente respaldada por argumentos teóricos y normativos, es necesario adentrarnos, primeramente, en un aspecto de naturaleza estructural dentro de la concepción de esta idea como realidad legal y práctica.

Resulta necesario, entonces, entender las bases que constituyen el punto de partida para la comprensión de un tipo especial de participación de los privados en los asuntos públicos, diferente al clásico y tradicional ámbito de participación económica en la prestación de servicios públicos. El hecho de que determinadas figuras legales se concreten sin los análisis adecuados de las bases que dan origen a su aplicación, no quiere decir que no sea importante apuntar a un desarrollo analítico conducente a la clarificación de estos conceptos.

En efecto, desde la óptica del derecho, puede atribuirse como un objetivo legítimo y deseado la identificación, evaluación y explicación de las bases teóricas, metajurídicas y normativas que justifican la figura en cuestión, y es por ello que en los siguientes apartados nos insertaremos en una investigación de tipo descriptiva para, posteriormente, aterrizar en los planteamientos legales que se desprenden de las conclusiones de este primer análisis.

1.1. La colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas: teoría general y fundamentación jurídica

La ciencia del derecho nos impulsa siempre a un estudio interdisciplinario, en el que se involucran muchas veces las cuestiones económicas, políticas, sociológicas, humanistas, entre otras, al momento de analizar los fenómenos jurídicos de incidencia en el plano real. Específicamente, al ingresar a la disciplina del derecho administrativo, como parte del derecho público, nos vemos involucrados también con otras vertientes científicas, que nos sirven de base para el entendimiento de diferentes figuras y conceptos.

Así, por ejemplo, conceptos como el interés público y el servicio público carecerían de sustento sin un entendimiento o desarrollo previo de las cuestiones sociales y económicas que impulsan la consecución de fines altamente necesitados por los ciudadanos, y exigidos legítimamente a los Estados. Conceptos como la regulación de los contratos de concesión, de igual manera, perderían sentido sin la presencia de elementos de la ciencia económica y, aunque de menor intensidad, de aspectos de incidencia política.

El caso que nos concierne no escapa de esta relación interdisciplinaria. Al momento de analizar la viabilidad jurídica del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas, indirectamente hacemos referencia a un trasfondo jurídico, sociológico y filosófico que legitima la intervención de los agentes privados, como administrados, ciudadanía o sociedad civil, en la actividad pública. Sería un argumento muy simplista señalar que las entidades privadas participan en el ejercicio de funciones públicas únicamente porque la ley y el contexto lo ameritan y permiten, al punto de desconocer las bases que realmente posibilitan esta figura, hasta cierto punto, *sui generis* del ordenamiento jurídico.

Así, para comprender cómo es que la participación de los privados en los asuntos públicos se legitima en el plano jurídico de la sociedad, debemos adentrarnos breve y ligeramente a una revisión sociológica y meta-jurídica de la mecánica de incursión social en las plataformas de vida público-política³, y para ello, consideramos pertinente abocarnos de manera breve a la revisión del concepto inicial de la teoría de sistemas. ¿Qué es la teoría de sistemas?

1.1.1. Sobre la Teoría de sistemas y las primeras consideraciones de una interacción natural entre Estado y sociedad civil

José Esteve Pardo explica que, en el siglo XIX, se generaron importantes modificaciones en las diferentes instituciones del estudio y enseñanza, lo cual, junto al progresivo avance de los

³ Consideramos pertinente revisar las conclusiones de la teoría construida por el Profesor Jürgen Habermas respecto al derecho y los Estados Democráticos, específicamente en cuanto al papel de la sociedad civil en el plano de la opinión pública. En su obra, “Facticidad y Validez”, Habermas presenta una *filosofía del Estado y del Derecho sistémica*, en donde se acentúa la importancia del Derecho de tener un poder fácticamente efectivo, si quiere ser válido, legítimo, y en donde se describe una intensa tensión interna entre *la facticidad y la validez*, en donde la validez del derecho, a su vez, también *debe dar resultado en la tensión externa con los poderes fácticos de la economía y la burocracia*, siempre con una constante presencia de una convivencia entre *la perspectiva empírica y normativa*. Así, para efectos de la presente investigación, importan, entre otras, las consideraciones de índole político-jurídicas que Habermas realiza en su obra, por lo cual el análisis, que a estos efectos involucre al referido autor, se enfocará específicamente en el apartado VIII de su obra de Facticidad y Validez, denominado “Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública”. En efecto, Habermas desarrolla una teoría de la interacción fáctica entre los conceptos de espacio público y sociedad civil, entendiéndose al primero como una *red abierta de opiniones que se formulan en el lenguaje natural, y que la sociedad civil transmite mediante situaciones sociales problemáticas percibidas en el mundo vital del espacio público político*. En este sentido, lo que señala el autor requiere de varias precisiones y fundamentación en conceptos que coadyuven a un mejor entendimiento de su propuesta, de tal manera que debemos remitirnos a la disyuntiva inicial que dio origen al planteamiento de su teoría, directamente involucrada como base social y política de la participación de los ciudadanos en la esfera pública. Revisar: LOOS, Fritz. *Habermas, Facticidad y validez*. Recensión J. Habermas. 4° ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, pp. 140-156. – Traducción por Dr. Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M. Friburgo de Brisgovia, Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2009, pp. 240-246.

conocimientos –que ya solo podían seguirse mediante una especialización rigurosa-, impulsaron una creciente distancia entre juristas y científicos. Pese a ello, un gran sector de juristas mantuvo la inquietud de acercarse más a las teorías de las ciencias, alentados por las corrientes del *legal darwinism*⁴, para así adecuar el desarrollo jurídico a las reglas y avances del mundo científico.

A raíz de ello, los avances de la biología y las ciencias médicas llegan también a sugestionar a los iuspublicistas alemanes al percibir al Estado como un organismo vivo, intentando con ello elaborar una teoría de la organización tomando como referencia las que ofrecía la ciencia de la biología⁵. Por ello, era común entre los juristas destacados de aquel siglo la pretensión de concebir al Derecho como un sistema lógico, y fundamentar la ciencia del Derecho en los mismos criterios metodológicos que rigen a las ciencias empíricas y naturales⁶.

Bajo este contexto, en el año 1971, se formuló un intenso debate teórico-político entre Jürgen Habermas y Niklas Luhmann. Ambos conciben a la sociedad como un complejo de sistemas, pero difieren en cuanto a las formas en las que dichos sistemas se desarrollan e interactúan⁷. La teoría de sistemas⁸ propuesta por Niklas Luhmann plantea una visión del funcionamiento de la sociedad en base a una auto-referencia continua, en la que, debido a su elevada complejidad, cada sistema se organiza a sí mismo bajo sus propios métodos. En otras palabras, se concibe que la sociedad estaría constituida por una serie de sistemas que conviven y limitan unos con otros, pero que se desarrollan autónomamente sin injerencias mutuas, acción que adquiere el nombre de “autopoiesis”⁹ (capacidad de un sistema de reproducirse y mantenerse por sí solo). En resumen, Luhmann plantea que las sociedades están constituidas únicamente por sistemas autorregulados.

Por su parte, Habermas propone y diseña una teoría crítica de la sociedad, en la que se deje de concebir a la sociedad como un mero complejo de sistemas que no interactúan entre sí, sino que, por el contrario, se interrelacionan constantemente, compartiendo los beneficios y elementos valiosos entre uno y otro para un mejor desarrollo¹⁰. La era de la Ilustración fue un punto de quiebre

⁴ Desde el siglo XIX fueron varias las propuestas de explicar los cambios en el derecho a través de las teorías de las ciencias naturales evolutivas, específicamente a raíz de la teoría de las especies de Charles Darwin. Se trató de un cambio de enfoque, y una interiorización del derecho diferente a lo acostumbrado, dando espacio a que las teorías naturales y científicas influyan en el sentido, interpretación y creación de las normas. Consulta 03 de mayo de 2016: <http://creation.com/evolutionary-legal-theories>

⁵ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, Riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999, pp. 16.

⁶ Ídem.

⁷ Ambos autores consideran que la sociología se encontraba en una evidente crisis teórica, la cual debe ser solucionada en base a una teoría sistémica (concepción integral de los sistemas) de la sociedad. En: GONZÁLES, Luis Armando. *Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas – Luhmann*, pp.787. Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4e2d8da2d86eateoriacritica.pdf>.

⁸ Un sistema puede ser descrito como un objeto complejo cuyos componentes se relacionan entre sí. En: BUNGE, Mario. *Diccionario de Filosofía*. México D.F: Editorial Siglo XXI, 1999, pp. 196. Por ejemplo, encontramos la existencia de sistemas políticos, sistemas económicos, sistemas jurídicos, sistemas culturales, entre otros, los cuales se enmarcan y tienen determinadas peculiaridades en función del contexto y de la sociedad (capitalista) en la que se encuentren, y a su vez, contienen dentro de sí otros subsistemas que interactúan autopoieticamente (que es la capacidad de un sistema de reproducirse y mantenerse por sí solo) bajo los mismos códigos para generar su desarrollo. En: GONZÁLES, Luis Armando. Op.Cit., pp. 791.

⁹ Son autopoieticos debido a que, según este autor, tienen la capacidad de reproducirse y sostenerse o mantenerse por su propia cuenta. En este sentido, los sistemas serían autorreferenciales en la medida en que se analizan introspectivamente y están autonomizados para desenvolverse según sus propios lenguajes y códigos, o en otras palabras, bajo sus propias reglas y métodos. En: LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Centro Editorial Javeriano, 1988, pp. 54-55.

¹⁰ Se parte de una premisa base: Habermas, a diferencia de Luhmann, le otorga más protagonismo y trascendencia al papel que ejerció la ciudadanía (entiéndase, a la sociedad civil) en la potenciación de los procesos productivos de las sociedades modernas, brindándole el crédito respectivo por su labor en la conformación de las estructuras de los sistemas de sociedades capitalistas. A diferencia de Luhmann, Habermas no cree en la viabilidad de sistemas

importantísimo para la teoría de Habermas. Dicho autor considera que, a partir de esta revolución en los mecanismos de desarrollo económico y político, se dio pie a todas las reconfiguraciones estamentales de las sociedades, y todo ello gracias a la potenciación del elemento de la “razón humana”¹¹. Es decir, a diferencia de lo que se planteaba en la teoría de sistemas de Luhmann, en donde los sistemas se deben únicamente a sí mismos y el papel de las personas no toma absoluta relevancia, la teoría de Habermas pone vital énfasis en el capital humano y la razón como principales motores del desarrollo de dichos sistemas –no cerrados-¹².

Los sistemas aislados, encapsulados, no son los que generan el desarrollo de las sociedades, sino la interacción entre éstos y con los ciudadanos en conjunto¹³. Mientras más se encapsulen los sistemas, y mientras más se limiten a crear sus propias reglas, menos serán capaces de entenderse entre sí, pues dejan de tener una visión de mundo en común al sujetarse únicamente a una auto-referencia de sus propias reglas. Lo anterior tiene, evidentemente, un efecto negativo directo en el desarrollo íntegro de la sociedad.

Los sistemas, ya sean políticos, jurídicos, económicos, o de la misma sociedad civil (entre otros), no deben encapsularse para la creación permanente de sus propias reglas¹⁴, toda vez que el éxito de las sociedades capitalistas de nuestra era radica en la asunción de los elementos que hicieron posible ese punto de quiebre en el desarrollo industrial de las mismas, y ello se traduce en la asimilación de la “razón instrumental” del hombre para injerir sobre los procesos de producción y decisión, que no es otra cosa que la real injerencia de la sociedad civil en los diferentes sistemas inherentes a cada sociedad.

1.1.2. Los ámbitos de acciones concertadas y promoción de las formas de participación ciudadana en los asuntos públicos: hacia la creación de espacios de interacción entre Estado y sociedad civil

1.1.2.1. Los espacios de acciones concertadas entre sistemas: interacción de la sociedad civil y los poderes públicos

Habermas cita a Hegel, específicamente en cuanto a su obra *Filosofía del Derecho*, para señalar algo interesante. Como bien describe dicho autor, Hegel había ya advertido acerca de la importante tarea de crear corporaciones o entidades que puedan mediar entre la sociedad civil y los órganos del Estado, y de la mano de las concepciones planteadas por H. Wilke para una interpretación sistémica del postulado de Hegel, procede a señalar que:

autopoiéticamente cerrados, toda vez que, para él, el ejercicio de la razón individualista humana es el motor del desarrollo mismo de las sociedades.

¹¹ GONZÁLES, Luis Armando. Op.Cit., pp. 798.

¹² Ídem.

¹³ El problema que sale a la luz bajo la teoría de Luhmann es que, precisamente, desconoce la vital y real importancia de la interacción entre todos los sectores o estamentos de la sociedad. Si los sistemas no se involucran eficazmente unos con otros, los logros y desarrollos que cada uno haya adquirido en función de su propia mecánica no podrán ser percibidos y asimilados por el conjunto sistémico, y es este punto el cual resalta Habermas. Como bien indica el referido autor, la sociedad cuyos subsistemas pasan a asentarse en la autopoiésis, parece, en efecto, desembocar en tal callejón sin salida; pues el último paso hacia la autonomía, los subsistemas funcionales lo efectúan a través de sus propias semánticas especiales, las cuales, pese a todas las ventajas, tienen por consecuencia una ruptura del intercambio directo de informaciones con el entorno. En adelante todos los subsistemas funcionales se hacen su propia imagen de la sociedad. En: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 412-413.

¹⁴ No confundir esta idea con el hecho de que algunos grupos o colectivos no puedan, en efecto, autorregularse. La autorregulación es un elemento importante para el desarrollo mismo del conocimiento, pero ello no debe ser una regla general ni tampoco una constante que se mantenga eternamente, pues la sociedad, tanto Estado como privados, deben beneficiarse mutuamente de los valores y aptitudes de cada uno.

(...) las acciones concertadas, las mesas redondas, los organismos de coordinación de todo tipo, surgidos en esa zona gris entre el Estado y la Sociedad, (son descritos) como sistemas sintomáticos de negociación que, en una sociedad descentrada, permiten a la política, en el papel de un supervisor educado para ejercer funciones terapéuticas, mantener la unidad de la sociedad global, que el Estado ya no puede representar¹⁵.

Este es uno de los argumentos pilares de la construcción de una idea de real interdependencia entre sociedad civil y sistema político-administrativo, en donde se remarca la existencia de ámbitos de conjunción entre sistemas estatales y sociedad civil al interior de las sociedades. Dichos ámbitos de interacción o conjunción son los que crean el espacio para el nacimiento de organizaciones que trabajan en un punto medio o zona gris de actuación público-privada.

El Estado, mediante sus sistemas públicos, interactúa con la sociedad civil, es decir, con los particulares, a través de acciones concertadas, coordinadas y encaminadas a la producción de utilidades o beneficios en los diferentes planos de la sociedad en conjunto.

Así es como la aparición de estos espacios de trabajo conjuntivo entre sistema público y sociedad civil incitan a la asunción de nuevas y modificadas tareas por parte del Estado.

Somos de la idea de que la única forma de paliar o mitigar las dificultades que genera una sociedad con un sistema público “encapsulado” en sus propias reglas, y con esto, crear directamente espacios de acción concertada, es a través de una transformación del papel del Estado como sistema público (político, económico).

El Estado debe “abrirse” hacia la interacción con la sociedad civil en un plano de acciones concertadas, de tal manera que los sistemas dejen de regirse únicamente de manera autónoma hasta el punto de estar “encapsulados” en sí mismos, apuntando ahora hacia un desarrollo efectivamente global. Y esto debe realizarse bajo aperturas que permitan el flujo adecuado de las informaciones y comunicaciones entre los sistemas y la sociedad civil misma¹⁶.

De esta manera, lo que se busca es la integración orientada hacia un fin: el desarrollo de la sociedad en conjunto. Los diferentes sistemas de la sociedad deben estar sintonizados para llegar a dicho objetivo, y para ello se debe otorgar la significancia y relevancia debida a la participación de la sociedad civil en el desarrollo de las sociedades modernas. Los sistemas públicos se interrelacionan con su entorno, y por ello deben ser susceptibles de incorporar la participación de la sociedad civil en un ámbito o espacio de acciones conjuntas y concertadas, en la medida en que ello es necesario para el continuo desarrollo de una sociedad como la nuestra, expresión propia de un Derecho reflexivo¹⁷.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*, pp. 422.

¹⁶ Habermas describe que la sociedad civil contiene un núcleo institucional constituido por una trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria, que ancla las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública en la componente del mundo de la vida que es la sociedad. La sociedad civil se compone, según él, de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea, que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada; y culmina señalando que el núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados. En: HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*, pp. 447.

¹⁷ Como señala el jurista español y profesor de derecho administrativo Juan Cruz Alli Aranguren, parece ser que en la sociedad “neocorporativa de la autorregulación se creó reflexivamente una “zona gris” entre el Estado y la sociedad civil, que es, precisamente, la de las acciones concertadas referidas anteriormente, en las que el Estado pierde el protagonismo de épocas anteriores, siendo un sistema más que ya no puede pretender ningún primado o privilegio en la sociedad”. El concepto de Derecho reflexivo, locución acuñada por el sociólogo alemán Gunther Teubner, hace

1.1.2.2. El papel de la participación ciudadana: visión general

Con el paso del tiempo, se acentuó más esa participación de la sociedad civil en el ámbito público, siendo una manifestación de ello el aumento de la incursión de la ciudadanía u organizaciones no estatales en el plano de las decisiones del sistema público y subsistemas políticos y jurídicos. Constituye ello una clara muestra de que la determinación y búsqueda del interés general no es exclusiva de los poderes públicos, pues, como señalan Rebollo e Izquierdo, el hecho de que a la Administración le corresponda perseguir los intereses generales no significa que sea la única que lo hace¹⁸, sino que también le corresponde a la sociedad civil y las organizaciones en donde socializan las personas¹⁹.

Ahora, si bien la ilustración y la revolución industrial fueron un quiebre en la transformación de las relaciones intersistémicas y de promoción del rol de la sociedad civil, lo cierto es que la sociedad contemporánea –que ya se encontraba presente para entonces desde la revolución francesa en 1789– no presentaba, en sus inicios, si quiera un somero avance en la participación ciudadana en las prestaciones y asuntos públicos. Precisamente, en el inicio de estas sociedades contemporáneas el Estado se manifestaba aún como un “todo poderoso” en el ámbito de las prestaciones sociales y

referencia, precisamente, a esta situación, en la cual el Estado realiza el ejercicio reflexivo de reconocer que existen intereses, expresados por las colectividades sociales, que participan del interés general y que para ello se valen de sus propios desarrollos en conocimiento y técnica. El Derecho reflexivo fomenta la aplicación de instrumentos que permitan lograr un equilibrio entre los fines materiales de las sociedades contemporáneas y la autonomía de las áreas reguladas, especialmente cuando el derecho intenta regular áreas que poseen un alto nivel de autonomía y especialización, y cuyo funcionamiento es esencial para el mantenimiento del equilibrio de la sociedad en su conjunto. El papel del Derecho reflexivo, entonces, es estructurar y reestructurar los sistemas sociales, moldeando tanto sus procedimientos internos como sus métodos de coordinación con otros sistemas sociales. El Derecho reflexivo es, según ello, “un Derecho capaz de comprender a la sociedad y sus dinámicas”. Es por ello que se ha señalado la importancia de no considerar a los poderes públicos como entes aislados y separados de las fuerzas sociales, pues, en efecto, la interacción entre los titulares de los cargos públicos y los representantes de los intereses sociales constituye un orden natural del desarrollo de las sociedades, y no un fenómeno patológico que deba obviarse. La Administración no es intérprete exclusiva de los intereses generales, y muestra de ello es la existencia de entes que, sin formar parte de la Administración pública, gestionan intereses públicos; se trata de poner el acento primariamente en los intereses colectivos y secundariamente en la Administración personificada. Es este, entonces, un papel fundamental del Derecho reflexivo: acentuar la necesidad de que el Estado participe con la sociedad civil, con el sector privado, para lograr un desarrollo global progresivo. Revisar: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid, N° 302, 2006, pp. 92-97; MORALES DE SETIÉN, Carlos. “La racionalidad jurídica en crisis”. En: *La Fuerza del Derecho*. Pierre Bourdieu y Gunther Teubner - estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, 2000, pp. 50; TEUBNER, Gunther. “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”. En: *La Fuerza del Derecho*. Pierre Bourdieu y Gunther Teubner - estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, 2000, pp. 106; DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005, pp. 313; y, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública / Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, pp. 192.

¹⁸ REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco. “La actividad administrativa”. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2° ed. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 76.

¹⁹ Al respecto, describe Juan Cruz Alli Aranguren que, “en la compleja organización institucional del Estado existe una periferia interna formada por instituciones dotadas de derechos de autoadministración o de funciones de competencias y control estatales delegadas por el Estado (universidades, sistemas de seguridad social, cámaras de comercio, fundaciones, entre otras) y otra externa con relaciones complejas con las Administraciones, que son organizaciones, confederaciones, grupo de intereses, asociaciones, etcétera, necesitados de regulación que integran la sociedad civil”. En: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid, N° 302, 2006, pp. 91.

económicas, aunque siempre bajo la consigna de una mayor expresión de las libertades del hombre como producto de la revolución francesa.

El Estado de los inicios de la sociedad contemporánea abarcaba aún las tareas de incidencia colectiva, era aún el principal protagonista del bienestar de su pueblo al ser el mejor capacitado para atender los requerimientos. Como señala Forsthoff, *en los inicios de la sociedad contemporánea el hombre se encuentra, respecto del Estado, incluso en una situación de mucha mayor dependencia en relación con la que existía en la etapa preindustrial*, toda vez que ese hombre contemporáneo carece de los medios para abastecerse de todos los elementos necesarios para su subsistencia²⁰.

La aparición de los Estados de Bienestar en los países determinó la existencia de sociedades conducidas exclusivamente por la planificación de las autoridades y el poder público. El vínculo de la sociedad civil con el sistema público se limitaba a ser una especie de relación de dependencia y de mínima participación en las actividades de interés general, como la política, la economía y la ciencia.

Pese a ello, fue necesario ir impulsando a la sociedad civil para que adquiriera un rol más activo y dinámico en el ámbito de las decisiones de los Estados. Y es que la sociedad civil, como tal, debía tener un flujo de comunicación hacia el *output*²¹ de las decisiones de las autoridades en la medida en que es ella misma la que conoce perfectamente sus necesidades directas. Si bien los problemas concernientes a la sociedad en conjunto fueron en su momento asumidos por el Estado o sistema público, ello no podía desconocer que la ciudadanía tenía también un rol principal en la conducción de una sociedad en conjunto. Un rol que permita satisfacer sus directas necesidades para el desarrollo de una vida digna.

El interés general, o interés público si no nos ajustamos a la explicitud de los términos, no es un fin que deba ser atendido únicamente por las autoridades, toda vez que dicho interés no es ni exclusivo ni propio del sistema público, sino precisamente de la sociedad civil. El Estado se debe a sus ciudadanos, y se debe a los intereses legítimos de éstos, y quién sino la misma sociedad civil para saber con exactitud sus reales necesidades, y para involucrarse efectiva y eficientemente (aportando su especial valor agregado) en la consecución de los mismos.

Bajo esta premisa se va tejiendo la concepción de una sociedad civil o sector privado partícipe de las decisiones conducentes a la satisfacción del interés general²². Y esta apertura es la que, a su vez, conduce la dinámica de entrelazamientos entre lo público y lo privado para la satisfacción no solo ya de un interés público (interés de la sociedad civil en su conjunto), sino también de los grupos de intereses privados. De esta manera, se atiende a la necesidad de potenciar una participación activa de la sociedad civil en los asuntos públicos, en el aparato estatal, en la actividad administrativa, como principal mecanismo de alcanzar de manera satisfactoria la maximización de los intereses de toda la colectividad.

Como bien señaló el profesor Jorge Danós:

²⁰ GROISMAN, Enrique. *Función administrativa y legitimación democrática*. Buenos Aires: CISEA, 1981, pp. 11.

²¹ El resultado de acciones conducidas a un fin específico.

²² Siguiendo a Rebollo e Izquierdo, en un sentido amplísimo, puede decirse que, incluso cuando el sector privado acomete a sus actividades privadas en provecho propio y hasta con ánimo de lucro, también contribuyen al logro de los intereses generales. Así, desde esta perspectiva puede decirse que, por ejemplo, quien realiza cualquier actividad económica, aunque lo haga con ánimo de lucro, está contribuyendo a realizar el interés general porque estará ayudando a que haya en el mercado bienes útiles para todos, a generar riqueza, a crear empleo, pese a que todo ello sea jurídicamente irrelevante. En: REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco. Loc.Cit

(...) la tesis que postula la apertura de espacios a la participación ciudadana en las entidades administrativas presenta a la participación como una técnica destinada a superar las insuficiencias de legitimidad de la Administración Pública vigente, construida sobre los fundamentos ideológicos del Estado liberal clásico, que basa tradicionalmente toda la legitimidad de la Administración en el estricto respeto de la legalidad, es decir, en la sujeción al ordenamiento jurídico creado por poderes públicos dotados de legitimidad política-democrática proveniente directamente del pueblo, titular de la soberanía.²³

En este sentido, lo que se buscaría al potenciar la participación ciudadana en la Administración sería el proporcionar apoyo a un Estado o Administración tradicionalmente cerrados y separados de la sociedad. Con ello, se busca superar una latente segregación entre Estado y sociedad civil, de modo tal que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades²⁴.

1.1.3. Sociedad civil y participación ciudadana: la base de las formas de participación de los ciudadanos en la Administración

Hablemos entonces de cómo es que se origina este fenómeno de la participación de particulares en la actividad y función público-administrativa. Debemos ir adelantando que este fenómeno no toma su origen en las formas de participación de agentes privados en el ejercicio de funciones públicas, figura jurídica objeto de estudio (como se verá más adelante), sino que aquel parte de una concepción de participación más abstracta y general, cercana al ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales. Ello se explica a continuación.

1.1.3.1. Sobre la participación de los particulares en las actividades de naturaleza pública

Podemos señalar, al respecto, que todo comienza con la potenciación de la participación de la sociedad civil en los asuntos de índole público-políticos. Como señala el maestro García de Enterría, el tema de la participación de los particulares en la vida administrativa es rigurosamente contemporáneo, toda vez que en el siglo XIX el enunciado ni siquiera habría sido comprendido. *La Administración era un atributo personal del Príncipe y como tal estaba rigurosamente “separada” de la sociedad cuyo gobierno tiene por misión*²⁵.

En este sentido, lo importante era abrir espacios de participación a los ciudadanos en la esfera pública, independientemente del tipo o forma mediante la cual se expresaría dicha participación, con el fin de que la ciudadanía pueda involucrarse efectivamente en los asuntos que involucran sus directas necesidades o intereses como colectividad. Así, como bien indica García de Enterría, al introducir en las estructuras administrativas las participaciones ciudadanas *se rompe esa impermeabilidad malsana que ignora el medio social y las necesidades que de él se requiere atender, y que, además, estimula a la burocracia estatal a complacerse en sus visibles disfunciones*²⁶. La idea de una participación ciudadana en la Administración sufre un proceso que casi podría calificarse de arborescente, con un punto extremo, que corresponde al

²³ DANÓS, Jorge. “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, N° 1, Año 1, 2006, pp. 121-122.

²⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Ibidem*, pp. 123.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Rafael Gómez-Ferrer Morant (Coord.). Madrid: Editorial Civitas, 1989, pp. 437.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ibidem*, pp. 439.

clímax de la revolución político-cultural de mayo²⁷ de 1968, y una inflexión marcada a partir de la crisis económica²⁸.

Como expusimos anteriormente, el impulso de la participación de la sociedad civil ya tenía leves expresiones desde su punto de quiebre, a raíz de las corrientes de la ilustración y revolución industrial que pusieron a la razón y labor del hombre como principales protagonistas del desarrollo. No obstante, consideramos que las grandes expresiones contemporáneas de la participación de la sociedad civil se dieron en función de los cambios de paradigmas impulsados por los colectivos progresistas del siglo pasado.

Los sucesos reformistas acaecidos en este periodo plasmaron un punto de partida en la sociedad contemporánea respecto a las demandas progresistas de los colectivos estudiantiles y sindicatos de obreros y trabajadores, que se canalizaron en una exigencia de mayor participación en los asuntos públicos dentro de un contexto de administraciones burocráticas. La participación emerge, entonces, como un concepto clave de esta corriente progresista, la cual, independientemente de los efectos favorables o desfavorables atribuidos décadas después, marcaron un hito en la concepción ciudadana sobre una urgente reforma de las estructuras estatales para dar cabida a la creación de espacios de participación e interacción con la sociedad civil²⁹.

1.1.3.2. Separación del concepto de participación ciudadana respecto a la participación de los ciudadanos en procedimientos administrativos

Debemos hacer una precisión en este punto, toda vez que debe separarse el concepto de participación de los ciudadanos en la administración –que nos concierne en este apartado- respecto de las nociones de participación de ciudadanos en asuntos de la Administración cuando éstos se encuentran inmersos en procedimientos administrativos. Y es que la participación ciudadana en el funcionamiento de la Administración, para estos efectos, no comprende como tal a la participación que se realiza como simple parte de un procedimiento administrativo³⁰, es decir, como titular de un título jurídico singular y específico (la pura defensa de sus intereses personales).

En este sentido, el derecho de participación del administrado en un procedimiento específico estaría relacionado con los Principios del Debido Procedimiento y de Buena Fe Procedimental, recogidos en los numerales 1.2 y 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, hoy Texto Único Ordenado de Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por D.S. N° 006-2017-JUS (en adelante, “TUO de la LPAG”); y con las facultades de contradicción administrativa y presentación de recursos (defensa procedimental ante actos lesivos) recogidas en los artículos 109 y ss., y 206 y ss. del TUO de la LPAG. Los referidos dispositivos normativos están encuadrados, precisamente, en la participación del administrado en un procedimiento administrativo para la defensa de sus intereses individuales, lo cual difiere de la

²⁷ El concepto de “Mayo del 68” hace referencia a los sucesos acaecidos entre los meses de mayo y junio de 1968 en Francia, concretizados en una serie de protestas estudiantiles por parte de colectivos de izquierda, en contra de las corrientes capitalistas de la época en la denominada “sociedad de consumo”.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ibidem*, pp. 440.

²⁹ Como bien indica García de Enterría, el clima social y psicológico desarrollado en la “*affluent society*” (de un sector privado emergente y pujante) generada por el boom económico de los sesenta, junto con determinadas corrientes espirituales de la época, estimularía una sensibilidad especial frente a la “alienación” burocrática de los Estados, la cual desembocaría, en su expresión más retórica, en el libertarismo estudiantil de mayo de 1968. Y de esta manera, la idea de participación ciudadana pasaría a ser una palabra clave de esta ideología: no existirían eminencias legitimadas por sí mismas, y la autogestión se convertiría en la forma óptima de la vida social, económica y política. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ibidem*, pp. 441.

³⁰ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op.Cit.*, pp. 136.

participación general que tendría un administrado en cuanto a asuntos de índole públicos y colectivos, más cercanos a la vertiente difusa y general de la noción de participación.

Sobre la base de ello, y como bien afirma García de Enterría, el concepto específico de participación que nos concierne en este breve apartado *debe comenzar por excluir los casos de intervención del ciudadano en la Administración uti singuli* (de manera aislada, personal), *como parte en un procedimiento que le atañe* (como titular de derechos o intereses propios), *y reducirlo a su intervención como miembro de la comunidad, uti socius, uti civis* (de manera indeterminada, de la sociedad en general), *como simplemente afectado por el interés general y portador o valedor del mismo*. Por ello, la participación que nos importa en el presente caso es la realizada desde un estatus de ciudadanía *active civitatis*, es decir, desde la posición del particular como miembro activo de la ciudad³¹.

1.1.3.3. Contenido constitucional del derecho de participación ciudadana

El concepto de participación ciudadana engloba una serie de derechos constitucionalmente protegidos, de modo tal que estos puedan ser ejercidos por los ciudadanos en el ámbito de la actividad pública directamente involucrada con la atención de los asuntos de la colectividad. En cuanto a los derechos de participación ciudadana -aspecto distinto, como vimos, a los derechos que se desprenden de un procedimiento administrativo- el ordenamiento también ha dispuesto una serie de dispositivos legales que regulan y configuran esta vertiente de participación.

Estos derechos son los que se desprenden, por un lado, de los supuestos recogidos en el numeral 17 del artículo 2 y en el artículo 31 de nuestra Constitución Política de 1993,³² así como los descritos en los artículos³³ 2 y 3 de la Ley N° 26300 (Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos). Estos son, a grandes rasgos, el derecho a participar (de manera aislada o colectiva) en la vida política, económica, social y cultural, el derecho de voto o elección, los derechos de remoción o revocación de autoridades públicas, el derecho de participar en la elaboración de iniciativas legislativas, iniciativas de reforma constitucional, y el derecho de referéndum.

Así también, el derecho de participación ciudadana tiene como sustento al Principio de Participación recogido en el numeral 1.12 del Artículo IV³⁴ del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que establece la obligación de las entidades de favorecer los canales de información de los administrados

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit., pp. 442.

³² Artículo 2. - Derechos fundamentales de la persona: (...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (...)

Artículo 31. - Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (...)

³³ Artículo 2.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

a) Iniciativa de Reforma Constitucional; b) Iniciativa en la formación de las leyes; c) Referéndum; d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y, e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

Artículo 3o.- Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

a) Revocatoria de Autoridades, b) Remoción de Autoridades; c) Demanda de Rendición de Cuentas; y, d) Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

³⁴ 1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

y la participación en la decisiones públicas; así como el numeral 11 del artículo 55.2 del TUO de la LPAG³⁵, y de manera específica y más detallada, del artículo 190 al artículo 194 del TUO de la LPAG, que regulan los sistemas de Administración abierta en función a audiencias e informaciones públicas.

Ahora, es preciso señalar, como bien indica el profesor Danós, que, por ejemplo, *mientras que en España la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que la participación ciudadana constituye un principio constitucional que -si bien involucra todos los aspectos de la vida de los ciudadanos españoles (política, económica, cultural y social)-, pone especial énfasis en la participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones administrativas*; en el Perú, contrariamente, se ha terminado interpretando el derecho constitucional de participación ciudadana del artículo 2 numeral 17 de la Constitución *únicamente referido a los casos del derecho al sufragio o participación en la vida política*³⁶, *omitiendo la potencialidad del desarrollo de dicho derecho en el vasto campo de la actividad de la Administración Pública*³⁷.

Esto quiere decir que, mientras en otros países el derecho a la participación ciudadana abarca una serie de supuestos y materias (de cláusula abierta) en los que los administrados pueden intervenir en asuntos de índole pública, en nuestro país dicho alcance es considerado limitado a sólo los supuestos de participación política, desconociendo con ello el bagaje de situaciones tanto económicas como jurídicas en las que se podría incluir, para un provecho en conjunto, dicha participación y/o colaboración. La orientación está, entonces, en dejar de considerar una participación ciudadana restringida, para abrirse a una concepción más amplia de este concepto.

De esta manera, mediante la idea de una participación ciudadana en un sentido más amplio, se pretende dar cabida a ese ámbito genérico de los derechos ciudadanos, que no se limite únicamente a los derechos políticos de las personas, sino que se extienda y englobe todos los posibles casos de participación de los ciudadanos en las esferas de incidencia colectiva, como lo son los ámbitos económicos, sociales, y específicamente, los ámbitos de funciones públicas y administrativas.

Por ello, para efectos de entender esta noción amplia de participación ciudadana que nos concierne, debe considerarse no sólo la dimensión subjetiva del derecho de participación, sino también la dimensión objetiva (contenido), de manera tal que el legislador pueda ampliar el abanico de las modalidades de participación ciudadana en la administración pública ya explícitos en la Constitución³⁸.

De acuerdo con lo dicho, la idea de participación que pretendemos sentar como base de nuestro estudio debe partir de un ideario amplio y genérico, que, si bien toma su origen en las formas de participación de los ciudadanos en la vida política a través de sus derechos constitucionales, debe

³⁵ Artículo 55.2. - La Presidencia del Consejo de Ministros tiene las siguientes competencias: (...)

11. Establecer los mecanismos para la recepción de quejas y otros mecanismos de participación de la ciudadanía. Cuando dichas quejas se refieran a asuntos de la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se inhibirá de conocerlas y las remitirá directamente a ésta.

³⁶ Lo cual se desprende de una simple interpretación literal del precepto citado. Y dicho contenido relativamente limitado del concepto de participación ciudadana, de igual manera, se encuentra presente a nivel normativo, específicamente en el Principio de Participación, recogido en el numeral 1.12 del Artículo IV del Título Preliminar del D.S. N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), en virtud del cual “las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión”.

³⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op.Cit., pp. 130-131.

³⁸ Ibidem, pp. 133.

interiorizar también la idea de una participación en todos los ámbitos de incidencia pública colectiva, es decir, de interacción con todos los sistemas y subsistemas posibles de la sociedad³⁹.

La participación implica la “quiebra” de la exclusividad de la detentación del poder real o efectivo por los órganos estatales titulares del poder formal político⁴⁰. En este sentido, la progresiva expansión de la participación de la sociedad civil, bajo las formas de organizaciones, asociaciones, corporaciones, etcétera, se generó en un marco de necesidad mutua de interacción para la consecución de fines específicos para ambas partes, y que no son estructuralmente opuestos o excluyentes.

En resumen, la idea de la participación de los ciudadanos (administrados, particulares) en la vida pública, luego del entendimiento de una natural interacción de sociedad civil y Estado según el análisis de la teoría de sistemas, toma su origen inmediato en el ámbito de los derechos políticos constitucionalmente reconocidos, y se extiende hacia otras esferas o sistemas de la vida social, como los son los sistemas económicos, jurídicos, industriales, entre otros. Y es a partir de este entendimiento de una “participación ciudadana global o amplia” que se va destejiendo la idea de una participación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, objeto de nuestro estudio.

1.1.3.4. Formas de participación ciudadana en la Administración

Al respecto, y como complemento teórico de esta sección, debemos señalar que, tradicionalmente, la participación de los ciudadanos en el ámbito de las funciones de índole pública he venido siendo manifestada mediante tres formas o “círculos de actuación” doctrinalmente reconocidas⁴¹, y que tienen su fundamento final en la ley como máxima expresión del ordenamiento jurídico⁴². Estas son: i) la participación orgánica, ii) la participación funcional, y iii) la participación cooperativa.

1.1.3.4.1. Participación orgánica

En primer lugar, tenemos a la **participación orgánica**⁴³, la cual supone la inserción de ciudadanos, en cuanto tales, en órganos formalizados de entidades administrativas; o en otras palabras, la incorporación del particular a un órgano de la administración pública⁴⁴. Al respecto, podemos identificar dos subgéneros de esta forma de participación: Por un lado, los supuestos de inclusión de ciudadanos en las funciones decisorias de las entidades (de manera individual o en conjunto), y los supuestos de participación en corporaciones públicas (autoadministración o también denominadas Administraciones corporativas).

³⁹ Al respecto, debemos señalar que un impedimento para la interiorización de este concepto amplio de participación lo ha constituido, como señalamos en su momento, la presencia de los denominados “Estados de bienestar” o de planificación. En éstos, el papel protagónico de los avances y desarrollo de cada una de las aristas sociales (económicas, tecnológicas, administrativas, entre otras) lo tiene el Estado, el cual, mediante la planificación estricta, termina obstaculizando el flujo de participación ciudadana desde su concepto amplio. Es decir, la participación ciudadana entendida desde su faceta “amplia” (para la interacción de los particulares en todos los ámbitos posibles de incidencia pública) se ve opacada ante la presencia de Estados estrictamente planificadores. Y esta situación, como veremos a profundidad más adelante, terminaría siendo contraproducente a los propios intereses públicos tutelados por los Estados, toda vez que la estricta planificación de los Estados de bienestar no estaba acorde a los constantes avances de los procesos productivos de los países.

⁴⁰ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Op.Cit., pp. 99.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit., pp. 443-447; y, DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op.Cit., pp. 125-126.

⁴² ROJAS CALDERÓN, Christian. “Ejercicio de funciones públicas por particulares. El caso de las juntas de vigilancia”. *IV.AA. 2007, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2007, pp. 03.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit., pp. 443.

⁴⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op.Cit., pp. 125.

Ejemplos de participación mediante inclusión de ciudadanos son los casos de participación de las comunidades en las decisiones de impacto ambiental, reguladas mediante la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental que promueve el Ministerio del Ambiente (y que desde hace años ya se venía promoviendo a través de las acciones del hoy extinto CONAM). Asimismo, tenemos el caso de los Consejos de Usuarios de los Organismos Reguladores, los cuales constituyen cuerpos colegiados de carácter consultivo. Un ejemplo concreto de esto último lo encontramos en el D.S. N° 044-2006-PCM, que aprueba el Reglamento General de OSITRAN, en el cual se dispone la inclusión de los Consejos de Usuarios como mecanismo de participación procedimental de los usuarios interesados en el proceso regulatorio a cargo del organismo regulador.

De la misma manera, tenemos como ejemplos de participación mediante corporaciones públicas a los Colegios profesionales, los cuales constituyen instituciones que gozan de determinada autonomía en virtud del Artículo 20 de la Constitución, y que agrupan a profesionales libres para la autogestión de la profesión en determinados criterios, pero con directa incidencia en asuntos públicos (por ejemplo, inhabilitaciones para el desempeño de la labor de letrado⁴⁵). Y también está el ejemplo de la Junta Nacional de Usuarios de los Distritos de Riego del Perú (JNUDRP), la cual se encarga de elaborar propuestas para la gestión eficientes de los recursos hídricos y mejoras en la actividad agraria, entre otras funciones reguladas por la Ley N° 30157, Ley de Organización de Usuarios de Agua.

1.1.3.4.2. Participación funcional

También está la **participación funcional**, en la cual el ciudadano actúa funciones administrativas a título de colaborador desde fuera de la organización administrativa, sin perder su condición privada y sin incorporarse a un órgano administrativo⁴⁶, es decir, actuación administrativa desde la posición privada⁴⁷. Esta forma de participación no supone insertar a ciudadanos en órganos públicos (para que aporten desde dentro de ellos sus perspectivas propias), sino que supone una actuación ciudadana desde fuera del aparato administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas que, como tales, auxilian o colaboran en el desarrollo de las tareas de la Administración⁴⁸.

La participación funcional supone una actuación del ciudadano desde fuera del aparato administrativo, formulando a la Administración alegaciones u observaciones dentro de un procedimiento administrativo, o directamente, esto es, al margen de un procedimiento, ya sea mediante denuncias, propuestas, sugerencias, etcétera⁴⁹. Ejemplos de esta forma de participación son las denominadas Audiencias Públicas en los procedimientos con incidencias directas sobre los intereses de las personas (por ejemplo, disposiciones urbanísticas y de zonificación) reguladas en el Artículo 191 del TUO de la LPAG; así como los supuestos de pedidos de información mediante los

⁴⁵ Lo cual constituiría el desempeño de una función público administrativa. La participación orgánica no implica que el actor privado se convierta en una entidad orgánica del Estado, es decir, que se integra a su estructura orgánica como un ente estatal más, sino que implica una participación dentro de la estructura orgánica, pero bajo la calidad de un actor privado (y de ahí el concepto mismo de participación, muy diferente al de integración o conversión). Es este carácter el que, en ocasiones, ha motivado a que se señale que los Colegios Profesionales no ejercen funciones administrativas pues no formaría parte orgánica del Estado. No obstante, y como se verá luego, no es necesario formar parte de la estructura orgánica del Estado para realizar funciones administrativas, pues existen también supuestos de organismos autorregulados con autonomía administrativa, que ejercen funciones públicas por la misma naturaleza de la actividad que realizan. Para mayor ahondamiento, revisar la Resolución N° 0079/CEB-INDECOPI de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI, del 27 de enero de 2017.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ ROJAS CALDERÓN, Christian. Loc.Cit.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit., pp. 446.

⁴⁹ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. "La participación y colaboración ciudadanas en la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la transparencia y del gobierno abierto". Consulta: 24 de mayo de 2016, pp. 02. Disponible en: <http://blogak.ararteko.net/agiriberriak/files/2013/01/Ponencia-JL.pdf>

sistemas de acceso la información pública, regulados por el Artículo 2 numeral 5 de la Constitución, los Artículos 64 y 169 del TUO de la LPAG, el D.S. N° 043-2003-PCM que aprueba el TUO de la Ley N° 27806 -Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública-, y su Reglamento aprobado por D.S. N° 072-2003-PCM.

1.1.3.4.3. Participación cooperativa

Finalmente, está la **participación cooperativa**. Según se describe en la doctrina, en esta forma de participación el ciudadano ni se integra en la organización pública (toda vez que actúa únicamente como privado), ni ejercita funciones materialmente públicas, sino que realiza una actividad estrictamente privada, aunque sea en el sentido propugnado o deseado por la Administración como más conveniente a los intereses generales que ella representa y gestiona⁵⁰: en general, supone colaborar de una manera voluntaria en programas o actividades que la Administración patrocina o promueve para la tutela de los intereses públicos⁵¹. Ejemplos de esto son las participaciones a través de ONG's (reguladas por Ley N° 27692) con el fin de impulsar propuestas en mejora de determinados sectores desfavorecidos, o también los mecanismos de voluntariado para promover la acción de ciudadanos en atención de actividades asistenciales, recreacionales y servicios sociales en general, regulados mediante Ley N° 28238.

Estas tres formas de participación son reconocidas por la doctrina citada anteriormente, y por ello, entendemos, cualquier figura jurídica vinculada a la participación Estado - sector privado debería, en principio, sustentarse en una de estas categorías. Sobre la base de esto, el *Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (en adelante, "EPCA") debería poder corresponderse a alguna de dichas categorías, toda vez que hacer referencia a un ejercicio, por parte de agentes privados, de actividades públicas del Estado, indudablemente pone en relieve la existencia de una acción recíproca entre Estado y agentes privados, fundamento último de las categorías referidas anteriormente.

Al respecto, la figura del EPCA, si bien tiene un origen remoto en las formas de participación constitucional descritas (y reconocidas por la doctrina), su aplicación a la luz de las normas vigentes supone una mecánica más especializada y con objetivos más específicos y menos politizados que las tres categorías señaladas anteriormente. En efecto, las formas de participación orgánica, funcional y cooperativa parecen estar dirigidas y sustentadas, bajo un común denominador, en las acciones conducentes a la toma de decisiones públicas; es decir, participaciones orientadas a incidir en la toma de decisiones por parte de las autoridades, y no tanto en esquemas de colaboración empresarial para ejercicio de específicas funciones materiales y sectoriales (objeto del EPCA). El EPCA, en definitiva, tendrá (como toda forma de participación de lo público con lo privado) un origen remoto en estas primeras formas de participación, pero su contenido y alcance se enfoca no sólo en una participación para incidir en decisiones de índole públicas, sino también para concretar y ejecutar dichas decisiones en planos principalmente económicos, lo cual se vincula con una noción más relacionada a la misma disciplina del derecho administrativo económico, que es la de "colaboración"⁵².

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit., pp. 447.

⁵¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op.Cit., pp. 126.

⁵² Sin perjuicio de ello, si quisiera intentarse ajustar necesariamente la figura del EPCA a una de las formas de participación anteriormente referidas, tendríamos el siguiente panorama: Descartamos de antemano la forma de participación orgánica, toda vez que en definitiva no nos encontramos ante una situación en la que los particulares se incorporan y forman parte de la estructura administrativa, así sea en su condición de privados. Todo lo contrario, pues se trata de formas en las que los privados se mantienen en su posición y condición privada, de donde efectivamente se genera el ejercicio de la función. En este sentido, correspondería incorporar dicha figura en una de las dos restantes formas conocidas de participación. Y es aquí en donde nos topamos con una disyuntiva. El EPCA implica,

1.2. La Técnica, la Eficacia y el Riesgo como conceptos clave de la participación entre sujetos públicos y privados: motivos del acercamiento al sector privado por parte del Estado

La sociedad civil, y en términos más específicos, el sector privado, requiere entonces incursionar en ámbitos más próximos a la esfera de las decisiones y actividades de índole pública, precisamente, debido a la necesidad de expandir las líneas de las actividades corporativistas en función a la posibilidad de explotar ámbitos significativamente productivos. Esta lógica se presenta también en el caso de las Administraciones públicas, las cuales se ven en la necesidad de incorporar el valor agregado del sector privado ante el creciente desarrollo y avance de los procesos productivos. Así, en la medida en que el sector privado va creciendo y expandiéndose productivamente en las diferentes áreas de la sociedad, la Administración pierde su protagonismo de antaño y, por el contrario, comienza a acercarse más a estos grupos de la sociedad civil para nutrirse y beneficiarse de sus conocimientos y técnicas, de cara a una mejor atención del interés público.

necesariamente, un elemento de cooperación mutua entre Estado y particulares, de modo que la participación cooperativa estaría sumamente vinculada a dicha figura. No obstante, y contrario a lo que parecería, la participación cooperativa no podría, por sí misma, ser la base de la figura que abordamos, en la medida en que la definición de aquella hace expresa mención al “no ejercicio de funciones materialmente públicas”. La participación cooperativa, al parecer, no implicaría el ejercicio de ninguna función pública de forma directa, sino el exclusivo ejercicio de actividades privadas que, por un criterio de coincidencia, implican intereses públicos y eventualmente complementan y apoyan el accionar de las entidades públicas (como las ONG). Este criterio nos obligaría, en principio, a descartar su elección, toda vez que la figura que nos concierne, precisamente, se refiere a un ejercicio de dichas funciones de carácter público. Por otro lado, la participación funcional, según su definición doctrinal, haría mención a supuestos en los que los particulares, sin incorporarse en la Administración, se involucran en asuntos de índole pública, pero para casos de defensa de intereses individuales o difusos. Es decir, la participación funcional implicaría el ejercicio de acciones para los supuestos de defensa de intereses en instancias administrativas, como, por ejemplo, mediante audiencias públicas en los procedimientos administrativos, o también fuera de éste en casos de solicitudes de acceso a la información. En este sentido, dicha definición doctrinal de la participación funcional parece incluir los casos de participación de agentes privados en los asuntos públicos únicamente para defender sus intereses individuales o colectivos de cara a la Administración, y no en cuanto a una relación recíproca de colaboración, en la que tanto Estado como privado se vean beneficiados en virtud de la ejecución de funciones públicas económicamente traducibles. No obstante, si nos enfocamos en la etimología de las categorías descritas (funcional y cooperativa), la vinculación de éstas con el EPCA parece un poco más justificada. Así, el concepto “funcional” hace referencia a una utilidad, toda vez que es un adjetivo que resalta la utilidad práctica y no meramente estética de un elemento determinado (RAE, 2014), y que por ello describe la “instrumentalidad” que un objeto específico puede tener en el plano práctico de la vida. Por su parte, la noción de “cooperativo” hace referencia a un “obrar conjunto” (RAE, 2014), a un actuar coordinado y organizado entre sujetos para lograr un fin en común. Una participación cooperativa, efectivamente, implica un actuar conjunto, coordinado y organizado entre los sujetos involucrados para atender a un objetivo compartido, lo cual no quiere decir que dicho beneficio sea igual y en los mismos términos para éstos, sino únicamente que a través de ese actuar en conjunto se lograrán beneficios para todos los involucrados en función a los intereses que cada uno tenga para actuar cooperativamente. En virtud de lo anterior, podría señalarse que el EPCA, en efecto, implica de por sí un hacer destinado a la consecución de un objetivo. La existencia de una forma de participación entre el sector público y privado para la realización de determinadas actividades en beneficio de estas dos partes (interés privado e interés público), denota la formulación de una operación con implicancias prácticas y útiles para los agentes implicados, de modo que la característica de una figura “funcional” sería intrínseca a su naturaleza. Pero a su vez, el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas también denotaría un actuar en conjunto, coordinado y organizado para la atención de objetivos e intereses en beneficio de los actores involucrados. Es decir, la característica “cooperativa” también sería propia de la noción de dicha figura. El EPCA tendría entonces una naturaleza participativa mixta. Esto es, su noción implica tanto fórmulas funcionales como cooperativas, pues se trata de un actuar útil, práctico, coordinado y organizado, destinado a la satisfacción de intereses de las partes involucradas, características que reconocen la presencia de un actuar funcional-cooperativo de determinadas actividades. Podría entonces formularse una especie de participación funcional-cooperativa como base de la figura del EPCA, atendiendo principalmente a la realidad de los conceptos y a la necesidad de contar con un sustento teórico que la respalde. Podría formularse, entonces, que el EPCA constituiría una especie de forma colaborativa o participativa de la categoría de participación funcional-cooperativa, en tanto posee componentes de ambas nociones (sin perjuicio de lo debatible que puede resultar esta propuesta).

Como indica Schmidt-Assmann, el fenómeno de la cooperación ha venido experimentando un notable crecimiento en la práctica cotidiana⁵³. ¿Pero qué es lo que motiva a la Administración y sistema público a acceder a este tipo de participación con los sistemas privados? Si bien queda claro que la sociedad civil tiende a extender su ámbito de acción hacia esferas más cercanas a los actores públicos, con el fin de atender a sus necesidades como colectividad y también como interés aislado (estrictamente privado), dicha necesidad de interacción debía también proceder desde esa otra orilla, constituida por el Estado.

Resulta pertinente entender qué es lo que motiva a que los Estados se acerquen a estas formas de participación con el sector privado. Para ello, debemos adelantar tres conceptos clave en este entendimiento, los cuales constituyen los elementos base que motivan esa lógica participativa, pese a que no necesariamente estarán presentes en cada caso de manera conjunta. Estos son: la técnica, la eficacia y el riesgo.

1.2.1. Objetivos de garantía y control

Al respecto, debemos indicar que estos tres elementos indicados justifican la conexión del Estado con los particulares –en una lógica participativa de funcionalidad y cooperación- para atender a dos objetivos preliminares, que son, en nuestra opinión, los siguientes:

- i) Garantizar que ciertas actividades, por su complejidad, y ante las limitaciones presentes en la estructura de la Administración pública, sean correcta y eficazmente realizadas, atendiendo a la finalidad pública inmersa en ellas.
- ii) Ejercer una supervisión y control normativo de ciertas actividades complejas, para lo cual la Administración se debe valer de instrumentos regulatorios que requieren conocimientos especializados de diferentes materias.

Para caracterizarlo de manera más ilustrativa, podemos indicar lo siguiente: La técnica, la eficacia y el riesgo motivan a los Estados a recurrir a nuevas formas de participación con el sector privado, para así atender a la consecución de dos finalidades públicas determinadas, que son el garantizar el correcto y eficaz ejercicio de ciertas actividades complejas (por ejemplo, entregando el ejercicio de determinadas funciones a los particulares), y a su vez, regularlas mediante instrumentos normativos de contenido técnico y especializado (por ejemplo, fomentando los mecanismos de autorregulación regulada).

De esta manera, el principio de cooperación sirve como una fórmula de equilibrio, destinada a adecuar las regulaciones públicas a la comunidad y a los conocimientos científicos⁵⁴. Comenzaremos entonces por describir cómo es que estos tres elementos motivan a que los Estados participen funcional y cooperativamente con el sector privado, para luego de ello conectar dicho razonamiento al contenido de los dos objetivos preliminares señalados anteriormente. Sin perjuicio de ello, podemos adelantar que el “*Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*” es una herramienta que, en efecto, involucra los elementos de la técnica (los privados tienen mayor capacidad y especialización para atender ciertas actividades complejas) y la eficacia (se espera que la colaboración privada garantice una eficaz y oportuna realización de la actividad materia de traslación, en mejores condiciones a que si fuera realizada directamente por la Administración).

⁵³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, pp. 37.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 153.

1.2.2. La “técnica” como fuente de especialización y la “eficacia” como elemento base de la colaboración

La técnica, entendida como el conjunto de procedimientos o recursos utilizados en las ciencias, artes u otras actividades específicas⁵⁵, ha superado las posibilidades de conocimiento de muchas administraciones públicas en cuanto a ciertas actividades característicamente complejas (generalmente vinculadas a actividades industriales, pero también a actividades de orden público). Las sociedades modernas se han vuelto sumamente dependientes de la ciencia y de la técnica, al punto de que cualquier cambio en los sistemas científicos y técnicos termina afectando directamente a los fundamentos sociales y administrativos⁵⁶.

En este sentido, la capacidad de conocimiento de las Administraciones públicas a través de sus medios personales y materiales se ha visto ampliamente superada por la técnica y los riesgos que ésta genera⁵⁷. Como indica el profesor español José Esteve Pardo⁵⁸, la situación se hace del todo insostenible si, además, se pretende que la Administración sea responsable por específicas actividades cuando ésta no se encuentra capacitada para ello, y ante dicha situación, se plantearían dos posibles vías de solución.

La primera, indica el autor, pasaría por el *rearme tecnológico de los poderes públicos, lo cual exigiría una afinada colaboración y coordinación de la Administraciones, en donde las mejor dotadas cubran las limitaciones de las inferiores*⁵⁹. No obstante, estas relaciones interadministrativas no siempre están desarrolladas con la fluidez y operatividad necesaria para ser eficaces en el total de los posibles casos, toda vez que la exigencia técnica termina sobrepasando, en muchas ocasiones, las capacidades operacionales de las Administraciones y entidades públicas en general.

La segunda vía, que se ventila como la más idónea para resolver estos casos, implicaría el traslado a particulares de buena parte de las funciones de la Administración cuando involucren aspectos vinculados a la técnica, el riesgo y la demanda de mayor eficacia por la especialización⁶⁰. *Esta tendencia “privatizadora” se pretende justificar en la complejidad creciente de la técnica y la correlativa incapacidad de las Administraciones para controlarla*⁶¹. La especialización es un elemento fundamental que está presente en todas las manifestaciones del traslado de los poderes públicos a manos privadas. Ese saber especializado, concentrado en la sociedad civil, es la causa última de la intersección entre Administración y administrados, y de la nueva correlación entre Derecho público y Derecho privado⁶².

Sobre la base de lo dicho, podemos ver que el incremento en la complejidad de las actividades que realizan los Estados industrializados y modernos, ha supuesto que a su vez que dichas funciones, en

⁵⁵ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en <http://dle.rae.es/?id=ZlkyMDs>

⁵⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 152.

⁵⁷ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pp. 23.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Y es que dicha política privatizadora –sin perjuicio de ahondar más sobre ella posteriormente debido a su inexactitud– no hace sino ampliar el ámbito mismo de la cooperación en el actuar del Estado. En este sentido, se ha señalado que la privatización de organización y entidades desemboca, usualmente y con mucha frecuencia, en una ulterior privatización de funciones y cometidos, lo cual se logra a través de múltiples pasos intermedios o fórmulas de transición que implican necesariamente la cooperación con el sector privado. Revisar: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 37.

⁶² CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 83.

aras de un mejor y eficiente ejercicio⁶³, pasen en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones públicas⁶⁴. Para con ello, a su vez, recolectar la información y conocimiento pertinente que permita elaborar mejores instrumentos normativos de control. Se genera así una correlación entre técnica y eficacia, en el que la especialización conlleve a una mejor prestación⁶⁵.

Sobre esto último, Schmidt-Assmann ha señalado que:

La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo.⁶⁶

Un caso muy común es el de la actividad de control de riesgos industriales en la utilización de fuentes energéticas y en general en la seguridad industrial en el trabajo⁶⁷, la cual amerita una regulación normativa de carácter primariamente técnico que escapa de las capacidades regulatorias de las administraciones públicas; o el de las inspecciones técnicas de vehículos – Ley N° 29237 (ejemplo que será abordado continuamente en esta investigación); actividades que, en suma, están vinculadas a la función de inspección y fiscalización de la Administración⁶⁸.

En este sentido, la técnica, la eficacia y el riesgo impulsan la existencia de formas de colaboración entre lo público y lo privado, las cuales se fundamentan principalmente en la necesidad de los Estados de garantizar la correcta realización de las actividades complejas, y de contar con políticas públicas e instrumentos normativos idóneos que sean coherentes con el avance de la ciencia y tecnología. Como bien señala Galán Galán, *las razones que explican este creciente fenómeno de participación cooperativa se resumen, principalmente, en la falta de medios de la administración* (tanto personales como materiales), *la falta de conocimientos técnicos, y la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión*⁶⁹. En efecto, el Derecho parece desconectarse del desarrollo tecnológico cuando éste adquiere una profundización y crecimiento progresivo por sectores cada vez más especializados. No obstante, llega un momento en el que ese progreso técnico no puede ser en absoluto indiferente para el Derecho, *el cual buscaría recuperar nuevamente el control sobre la técnica*⁷⁰ que antaño manejaba.

⁶³ Como indica Fernández Ramos, el principio de eficacia de la actuación administrativa presentaría aquí su manifestación más intensa, pues supone cabalmente, no ya agilizar la actividad administrativa, sino trasladar tal actividad al ámbito privado. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 510.

⁶⁴ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pp. 24.

⁶⁵ Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse, como bien advierte Fernández Ramos, que el principio de eficacia al que se aspira en virtud de estas nuevas formas de colaboración no debe reducirse al objetivo economicista de eficiencia, en el sentido de optimización de los recursos disponibles, sino que por encima de la idea de eficiencia la Administración debe garantizar, en todo momento, los intereses públicos que tiene encomendados. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 512.

⁶⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 39.

⁶⁷ Que da origen, por ejemplo, a sistemas estrictos de cooperación a través de asociaciones civiles, como la Asociación Peruana de Prevencionistas de Riesgos, que representa al Perú a nivel internacional en la Asociación Latinoamericana de Seguridad e Higiene en el Trabajo (ALASEHT).

⁶⁸ En estas actividades, dice Fernández Ramos, están constituidas por reglamentaciones de contenido predominantemente técnico y, en gran medida, consensuadas por el propio sector privado de difícil, lo cual hace difícil su desempeño por parte de la Administración. Ello en la medida en que dichas actividades no se limitan a un simple reconocimiento ocular o meras mediciones, sino que implican el ejercicio de tareas técnicas de comprobación o examen con arreglo a determinados métodos que, a su vez, suponen la incorporación de equipos de cierta entidad o el manejo de tecnologías y métodos de evaluación de riesgos cada vez más sofisticados. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 51-512.

⁶⁹ GALÁN GALÁN, Alfredo. “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. *Anuario de Derecho Municipal*. Madrid, N° 2, 2009, pp. 66.

⁷⁰ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pp. 27.

En esa búsqueda de control, en la cual el Derecho intenta no alejarse demasiado del ámbito científico y técnico, se genera una necesidad creciente de contar con los medios idóneos de gestión y realización de las actividades acorde a los parámetros de exigencia especializada para cada caso (es decir, “*hacerlo bien y eficazmente*”), y a su vez, adecuar los instrumentos normativos a los nuevos avances (saber supervisar ese “*hacer bien*”). Pero de la misma manera, se genera a su vez una impotencia desde la Administración ante la evidente carencia de conocimientos y las crecientes demandas de la ciudadanía de que se vean atendidas nuevas y más complejas necesidades.

1.2.3. El “riesgo” como elemento legitimador de la intervención administrativa: una “sociedad de riesgo”

La complejidad que se predica de la amplitud y la diversidad de las demandas a las que debe hacer frente el Estado, es fruto de la propia complejidad del entramado social⁷¹. A partir de esta complejidad de técnicas, aparecen determinados efectos directos y no deseados del avance científico y tecnológico, o, en otras palabras, se generan “riesgos” que merecen ser debidamente abordados por la Administración responsable y garante de la seguridad de los ciudadanos, pese a sus evidentes limitaciones materiales.

Es así que, frente a estos “riesgos” producto de la complejidad técnica, aparecen nuevas formas y concepciones de intervención pública que rebasan las tradicionales formas policiales de intervención administrativa en la actividad económica y productiva⁷², y que se enfocan ya no en un actuar directo de la Administración, sino más bien en una conducta garantista que se vale de otras fuentes de mayor especialización. Como bien señala Esteve Pardo, *las normas jurídicas se ven con frecuencia desbordadas por el desarrollo tecnológico, mostrándose así incapaces de fijar la frontera entre el riesgo permitido y el que no resulta admisible*⁷³. Cuando la técnica empieza a generar riesgos⁷⁴ para los ciudadanos, la sociedad misma reclama la atención del Derecho mediante la intervención normativa, de modo tal que el riesgo termina incidiendo con intensidad en la configuración del sistema jurídico de los Estados.

De esta manera, el control que la Administración ejerce sobre la técnica existente en las diferentes actividades (industriales o de otro tipo) es básicamente un control sobre los riesgos⁷⁵ que ésta genera, siendo la seguridad el concepto legitimador de la intervención administrativa en todas las materias involucradas con dicho elemento⁷⁶. La exigencia de un Estado más cercano a la ciencia y sus efectos nos plantea, así, la existencia de una especie de “sociedad de riesgo”⁷⁷ contemporánea, que buscaría crear instituciones normativas que atiendan a la seguridad e interés público sin constituirse en un freno al avance y desarrollo de la ciencia y la industria⁷⁸. Y es que, como bien señala Nieto, *a medida*

⁷¹ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005, pp. 49.

⁷² CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental”. En: *Revista de Fomento Social*. Córdoba, N° 281, 2016, pp. 249.

⁷³ ESTEVE PARDO, José. *Op.Cit.*, pp. 27.

⁷⁴ *Ídem*.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 28.

⁷⁶ El control y eliminación de los riesgos ha sido siempre considerada una función característica y exclusiva de los Estados y poderes públicos. La razón de ello radica en el interés primario que tiene la Administración de brindarle seguridad a los ciudadanos (razón del Estado) frente a las diferentes actividades realizadas legítimamente por ellos mismos. Sobre la base de ello, el control de los riesgos derivados del desarrollo creciente de la técnica (en diferentes áreas) constituye una función característica y en principio exclusiva del Estado, precisamente porque con ello se buscaría proteger un bien jurídico de suma importancia para la sociedad, que es la seguridad pública. Revisar: *Ibidem*, pp. 27.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 29.

⁷⁸ La “sociedad de riesgo”, término acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1989, se formula como un concepto que grafica la interacción entre las Administraciones públicas de los países y los efectos de las actividades de sus

que la sociedad se va complicando tecnológicamente, se va convirtiendo poco a poco en una auténtica “sociedad de riesgo”⁷⁹.

Mediante dicho concepto se intenta, entonces, describir una situación determinada, que es *la respuesta del Derecho* ante los riesgos que genera el avance de la ciencia en la actividad humana. Así, la “sociedad de riesgo” se nos presenta como una forma de entender a las sociedades contemporáneas, en tanto se estudia la manera en la que el Derecho debe actuar ante los riesgos generados en el impulso del avance científico (tan importante para el fortalecimiento de las sociedades)⁸⁰. Ahora, estos riesgos se originan, en general, por actividades privadas que se autorregulan en su actuar (y que pueden eventualmente ser perjudiciales sin un adecuado control), o por funciones públicas altamente técnicas que, si las realiza directamente el Estado, puede generar eventuales perjuicios por la evidente carencia de dicha técnica (aquí estamos ante riesgos originados por la ausencia misma de este elemento).

En consecuencia, las formas a través de las cuales se han ido mitigando estos riesgos se apoyan en dos líneas debidamente marcadas: i) por un lado, los riesgos generados por un avance de la técnica en determinadas actividades privadas ha visto su contrapeso mediante los sistemas de regulación pública de la autorregulación; y, ii) por el otro, la carencia de técnica (que eventualmente genera un riesgo) por parte de la Administración, se viene mitigando a través de traslados de determinadas funciones públicas a la esfera de ejercicio privada; tal como se verá a continuación.

1.3. Las nuevas formas de participación y correlación entre Estado y sociedad para el ejercicio del poder público: la “Autorregulación regulada” y el “Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas”

Como hemos podido apreciar, la complejidad técnica, la garantía de la eficacia, y la presencia del riesgo, motivan a que los Estados se interesen más por adecuarse a los avances de la ciencia. Así, en aras de atender a ese interés público de garantizar el correcto y eficiente ejercicio de actividades complejas, y de adicionalmente brindarle seguridad a los ciudadanos por el crecimiento de los riesgos y progresivas especializaciones de los procesos, y tomando en cuenta sus evidentes limitaciones, el Estado comienza a valerse de otras formas de actuación y regulación para atender a las crecientes y modernas demandas sociales⁸¹.

En este punto debemos hacer varias precisiones y ahondamientos. En efecto, hemos hecho referencia que el constante avance de la técnica y complejidad de las actividades de interés público, junto con las dificultades de la Administración para hacer frente a esta realidad, trae consigo la aparición de nuevos mecanismos de cooperación entre Estado y sociedad civil, en los que indudablemente el sector privado adquiere un rol protagónico. A partir de ello, podemos señalar, en la línea de la construcción teórica planteada por la excelentísima profesora española Dolors Canals I Ametller, que la *nueva correlación en el ejercicio de poder entre Estado y sociedad* (en la que el primero se interrelaciona con el segundo para la atención de determinados fines) se puede dar, principalmente, en dos direcciones,

habitantes, específicamente en el plano industrial. Dicho autor describe una serie de implicancias que se derivan de cómo en la modernidad avanzada, la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. En: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, pp. 25.

⁷⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, pp. 38.

⁸⁰ Como señala Carrillo Donaire, las relaciones entre técnica y derecho se han alterado profundamente en el contexto de la llamada “sociedad del riesgo”, en la que los peligros y amenazas potenciales no tienen ya su origen en una naturaleza indómita, sino en la actividad humana que persigue dominarla y ponerla a su servicio mediante el conocimiento científico y su aplicación técnica y tecnológica. Revisar: CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. Op.Cit., pp. 250.

⁸¹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 80.

que son: i) *la colaboración de expertos y organizaciones privadas especializadas para satisfacer los intereses generales* (colaboración privada en la gestión de servicios, y colaboración privada en el ejercicio de genuinas funciones públicas), y, ii) *el desarrollo de la propia sociedad para su recomposición en estructuras racionalmente organizadas* (autorregulación regulada)⁸².

Pese a ello, no debemos confundir ambas figuras. Tanto el “*Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*” (EPCA), como la herramienta de la “*autorregulación regulada*”, son, en nuestra opinión, dos formas contemporáneamente novedosas (mas no recientes) a través de las cuales la Administración se vincula con los particulares para la atención y tutela de actividades de interés público. La premisa que subyace a cada una difiere sustancialmente, de modo tal que debe trazarse una delimitación que nos permita entender mejor el contenido de la figura jurídica que nos concierne. En este sentido, antes de ingresar de lleno al análisis de la categoría materia de nuestra investigación –*El ejercicio funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*–, consideramos pertinente y sumamente importante –como primer paso- revisar muy brevemente el contenido de la otra forma de correlación del ejercicio del Poder público entre Estado y sociedad, que es de la autorregulación regulada.

1.3.1. Generalidades sobre la regulación

El concepto de autorregulación regulada, tiene también su base en la teoría de sistemas descrita al inicio del presente capítulo, aunque mantiene algunas consideraciones específicas que en efecto trazan su diferenciación respecto a la categoría del ejercicio de funciones públicas por privados. No es nuestra intención abordar extensamente el contenido de toda esta disciplina de la regulación en la ciencia del derecho administrativo. Pretender ello escaparía de nuestras capacidades y objetivos. No obstante, sí es posible dar una revisión breve de los elementos más importantes, a nuestro juicio, de este mecanismo.

Como indica el profesor Danós, el término regulación es de carácter anfibológico, en la medida en que expresa múltiples significados⁸³; y en la misma línea, Mitnick señala que la regulación es *un proceso dinámico de corrección*⁸⁴. En este sentido, la locución “regulación”, desde una noción excesivamente lata, hace una referencia primigenia a una acción encaminada a modificar una situación determinada. Sin embargo, debemos señalar que cuando nos referimos a la noción de una actuación regulatoria, nos centramos específicamente en la disciplina del Derecho administrativo⁸⁵, y en los instrumentos legales que ésta posee para intervenir, en mayor o menor grado, en la actividad de los administrados principalmente ligada a la vertiente económica⁸⁶.

⁸² *Ibidem*, pp. 72-73.

⁸³ En su sentido más tradicional, se le considera sinónimo de actividad legislativa y/o reglamentaria por parte de los poderes públicos, pero también un determinado régimen legal aplicado a una materia, actividad o sector. En: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “La Regulación Económica”. *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Jaime Rodríguez Arana / Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.), y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coord.). Granada: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2015, pp. 559.

⁸⁴ MITNICK, Barry. *La economía política de la regulación*. México DF: Fondo de Cultura Económica - FCE, 1989, pp. 27.

⁸⁵ Algunos hacen referencia a la existencia de un Derecho regulatorio como disciplina, pero preferimos ceñirnos a esta herramienta sólo como una expresión –un contenido- del Derecho administrativo, en la medida en que se trata de un mecanismo que se vale de los instrumentos de ésta rama del derecho para su actuación.

⁸⁶ De lo señalado podemos entender que la expresión “regulación” será frecuentemente encontrada en contextos tanto legales como no legales, usada para indicar cualquier forma de control de conductas, independientemente del origen de éstas. Sin embargo, una noción más concretizada y precisa sobre éste término estaría vinculado a un sostenido control ejercido por una agencia pública sobre actividades que son consideradas valiosas para la comunidad. En: OGUS, Anthony. *Regulation: legal form and economic theory*. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 01.

E incluso así, dicha referencia sigue siendo relativamente amplia⁸⁷, toda vez que doctrinalmente se han destejido diferentes tipos de regulación según el objeto e instrumentos aplicables en cada supuesto. Es el caso, por ejemplo, de los conceptos de regulación social y regulación económica⁸⁸, nociones doctrinalmente distinguidas que, pese a diferenciarse estrictamente en el plano teórico⁸⁹, han llegado incluso a tener, no para bien, incidencia directa en el plano práctico y aplicativo⁹⁰.

La regulación, desde su concepción anglosajona (que es de donde se importa su técnica para aplicarla en nuestro ordenamiento de corte continental), ha sido usada en diferentes sentidos. Por ejemplo, para denotar un conjunto específico de comandos, como una influencia deliberada del Estado, o como todas las formas de influencia social o económica⁹¹. De esta manera, la regulación es a menudo considerada como una actividad que se vale de instrumentos normativos⁹² orientados a la restricción y/o modificación de comportamientos⁹³ para la prevención de ciertos eventos socialmente no deseados⁹⁴, desplegados principalmente en el campo económico⁹⁵.

⁸⁷ El concepto de regulación también tiene considerables peculiaridades y diferencias de origen si nos abocamos a otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del derecho anglosajón. Así, la visión de la regulación como fenómeno jurídico va a variar dependiendo si estamos frente a una visión norteamericana o europea. En: HUAPAYA, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de regulación”. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. Lima: ARA Editores, 2011, pp. 669-670.

⁸⁸ Una primera aproximación al término regulación económica permite definirla en sentido amplio o general, como aquella técnica de intervención del Estado mediante la cual se dicta y/o establecen medidas de ordenación de las actividades económicas para conseguir objetivos de interés público. En: DANÓS, Jorge. *Loc.Cit.*

⁸⁹ Se trata básicamente de una distinción meramente doctrinal. Se ha dicho, así, que la regulación social (conocida como tal en el derecho anglosajón, y entendida en nuestro derecho de tradición continental como regulación de policía administrativa) haría referencia a una intervención del Estado en los mercados dirigida a tutelar bienes y derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos, en materias tales como seguridad, sanidad, medio ambiente, entre otras, ante la presencia de posibles fallas de mercado, como la asimetría informativa o externalidades, pero sin ingresar en la determinación de la estructura productiva de quienes generan esos efectos no deseados. Por su parte, la regulación económica haría referencia a una intervención sustitutiva del Estado sobre los aspectos esenciales de los derechos fundamentales económicos (propiedad, libertad de empresa, libertad de contratar), ingresando efectivamente en la determinación de las condiciones de producción económica de los agentes para simular la existencia de competencia. En: DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 372-373; y, HUAPAYA, Ramón. *Op.Cit.*, pp. 712-714.

⁹⁰ Como, por ejemplo, el caso de Alfa Gas S.A vs. Repsol YPF (Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI), en el que la Sala de Defensa de la Competencia hace la distinción entre Regulación Económica, Regulación Social y Normas de competencia para la aplicación del principio de supletoriedad. Se trata de un caso de ejecución de decisiones administrativas por parte de particulares, que termina perjudicando la competencia, pero que no por ello debería ser susceptible de aplicación de una norma de competencia alegándose, erróneamente, que por tratarse de una regulación social se crea una especie de excepción al principio de supletoriedad. Para mayor ahondamiento sobre esta crítica, revisar: PATRÓN SALINAS, Carlos. “El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 19, N° 30, 2008, pp. 401-408.

⁹¹ La regulación tiene distintos significados en la doctrina norteamericana que, además, varían según la óptica de la economía o el derecho. Por ejemplo, en la economía la regulación es equivalente a la actividad interventora del Estado en la actividad económica, siendo indiferente si dicha intervención se lleva a cabo mediante una ley, un reglamento, una resolución o una sentencia. En: BETANCOR, Andrés. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. 1° ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010, pp. 31.

⁹² DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos – IEE, 2002, pp. 125.

⁹³ BALDWIN, Robert y Martin Cave, Martin Lodge. *Understanding regulation*. 2ed. New York: Oxford University Press, 2012, pp. 03.

⁹⁴ La definición primigenia de la noción de *regulation* fue específicamente un sinónimo de *Law*, la regulación era una ley, una norma, un acto. Luego, se ajustó el término para hacer referencia a las intervenciones en la actividad económica por parte de una agencia regulatoria. En: BETANCOR, Andrés. *Op.Cit.*, pp. 184-185.

⁹⁵ Tal como hicimos referencia, la noción de regulación implica la presencia (ya sea leve o intensa) del aparato estatal sobre las actividades de interés colectivo, especialmente vinculadas al aparato económico. Así, de acuerdo a Joseph Stiglitz, la regulación sería necesaria debido a que los costos y beneficios sociales y privados, y por tanto los incentivos, muchas veces están mal alineados. Revisar: STIGLITZ, Joseph. “Regulación y Fallas”. En: *Revista de Economía Institucional*. Bogotá, Vol. 12, N° 23, Segundo semestre, 2010, pp. 15.

El mercado necesita la intervención del Estado, ya sea para corregir las potenciales fallas de mercado⁹⁶ reconocidas en la teoría económica, que son expresión de situaciones en las cuales el mercado, por sí mismo, no puede asignar correcta y eficientemente los recursos⁹⁷; o también para lograr objetivos de bienestar colectivo que difícilmente podrían alcanzarse si se confía únicamente en las fuerzas del mercado y la iniciativa privada⁹⁸. Ello nos conduce, tal como señala el profesor Huapaya, al entendimiento de la regulación como una acción deliberada del Estado (porque no se trata de un evento espontáneo o involuntario) en la que se utilizan mecanismos de Derecho público, dirigidos a influenciar sobre las actividades económicas realizadas en los mercados⁹⁹, para así conseguir objetivos de interés público, normando supervisando, vigilando, sancionando y, eventualmente, resolviendo controversias entre los sujetos regulados¹⁰⁰.

¿Cómo ingresa aquí, entonces, la noción de autorregulación? La autorregulación es precisamente la aplicación de toda esta lógica descrita de la regulación, pero mecanizada y proveniente de los propios sujetos originalmente regulados, es decir, de los privados. Es un fenómeno que se asocia de forma principal al uso de nuevas tecnologías, que consiste, precisamente, en la tendencia de los subsistemas a auto-organizarse, y que tiene su origen en la tendencia desreguladora de los Estados¹⁰¹.

Son las políticas de desregulación¹⁰², entendidas éstas como la remoción de obstáculos legales y administrativos inmersos en la actividad de los particulares¹⁰³, las que inicialmente favorecen a que se generen los campos de autorregulación¹⁰⁴. De acuerdo a ello, el Estado va reduciendo sus ámbitos de intervención sin descuidar la tutela del interés público (por ejemplo, mediante la aplicación de mecanismos de Simplificación Administrativa), pero dicha tutela se vuelve un tanto difícil en un

⁹⁶ Entendemos por fallas de mercado (o fundamentos de la intervención regulatoria) la presencia de situaciones de: Monopolios naturales, Bienes públicos, Asimetrías de la información, Externalidades, Barreras de entrada, Poder de mercado, Beneficios inesperados (*Windfall profits*), Industria de redes, Mercados incompletos, y Planeamientos y justicia distributiva. DAMMERT, Alfredo, Fiorella Molinelli y Max Carbajal. *Teoría de la regulación económica*. Lima: Fondo Editorial de la USMP, 2013, pp. 41-64.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 41.

⁹⁸ En este sentido, cuando las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad no son suficientes para lograr un funcionamiento pleno del mercado, se produce la intervención correctiva u orientadora del Estado en la economía mediante mecanismos de derecho público, es decir, la regulación. HUAPAYA, Ramón. *Op.Cit.*, pp. 665-667.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 679.

¹⁰⁰ Se trata de una acción ordenadora de Derecho público sobre el mercado, la cual posee ciertas características que la delimitan. En primer lugar, la regulación contiene una idea de control por parte de un superior; tiene una función directiva. En segundo lugar, se trata de una forma de Derecho público en el sentido en que, en general, es el Estado el que se encarga de hacer cumplir las obligaciones que no podrían ser alcanzadas únicamente bajo el acuerdo de los privados. Y, en tercer lugar, debido a que el Estado ejerce un rol fundamental en la formulación de la regulación y su *enforcement*, ésta es generalmente centralizada. En: OGUS, Anthony. *Op.Cit.*, pp. 02-03.

¹⁰¹ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 22 y 306.

¹⁰² La noción de “desregulación” hace referencia a la reducción de las normas y los controles públicos que impiden o dificultan el desarrollo de la iniciativa privada. La desregulación sería definida, entonces, como la adopción de medidas que consisten en la eliminación, por parte de las instancias públicas competentes, de restricciones y constricciones que afectan a las decisiones empresariales. En: MARTÍN MATEO, Ramón. *La liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*. Madrid: Editorial Trivium, 1988, pp. 47.

¹⁰³ Desde una definición de corte más anglosajona, la desregulación es definida como la completa o parcial eliminación de regulación en un sector determinado con la intención de mejorar su desempeño económico. Ésta puede tomar varias formas, ya sea como una desregulación de acceso o salida al mercado, o una desregulación de los controles de precios. Puede ser parcial o total, lenta o veloz. En: DELMAS, Magali A., Michael V. Russo, Maria J. Montes-Sancho y Yesim Tokat. *Deregulation, efficiency and environmental performance: evidence from the electric utility industry. Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 173.

¹⁰⁴ En este sentido, la desregulación implicaría, por un lado, un actuar destinado a desreglamentar los marcos regulatorios de ciertas actividades, eliminando o reduciendo el volumen de las normas superfluas o innecesarias, y por otro lado implicaría la relajación de los controles públicos en diferentes instancias, en lo que conocemos como las clásicas nociones de simplificación administrativa y remoción de barreras burocráticas, sin que ello suponga que el Estado se desentienda de su rol de tutela de los intereses públicos de la ciudadanía. En: DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 76.

contexto de progresivos avances de la técnica, pues el Estado muchas veces no avanza en la misma intensidad y equiparidad.

Sin embargo, esta disparidad se ve compensada con un cambio de óptica por parte de la Administración, que viene a ser la utilización o instrumentalización del saber especializado del sector privado para la atención de los fines de interés público tutelados por el Estado. En este sentido, la falta de información y de control de los poderes públicos sobre los efectos de las actividades podrá ser compensada mediante la utilización instrumental del conocimiento que sobre tales efectos poseen los particulares, y, sobre todo, mediante la instrumentalización de la autorregulación¹⁰⁵.

1.3.1.1. La regulación pública de la autorregulación: la autorregulación regulada

La autorregulación no es un mecanismo desprovisto de defectos. Si bien la autorregulación se plasma como un mecanismo eficaz para la atención de bienes jurídicos tutelados por el Estado y el sector privado (al complementar los vacíos normativos de los poderes públicos y servir también como ejes de actuación y desarrollo de la actividad privada), muchas veces se puede llegar a resultados contraproducentes si no se repara en sistemas de control específicos.

En este sentido, las desviaciones¹⁰⁶ en los objetivos públicos de la autorregulación pueden generar en la sociedad serios efectos negativos, los cuales deben ser mitigados por los poderes públicos oportunamente y dentro del marco legal. Existe, entonces, un claro reconocimiento de que la autorregulación, por sí sola, es insuficiente en su relación con el mercado¹⁰⁷, y a ello responde, precisamente, la figura de la “regulación pública de la autorregulación”. La regulación de la autorregulación responde a la necesidad del Estado de orientar los sistemas de autorregulación hacia la real satisfacción del interés público. Se trata de una orientación al interés público y armonización con los intereses privados, en lo que se entiende como la *concepción pública de la autorregulación*¹⁰⁸.

En consecuencia, lo que se pretende mediante la invocación del concepto de la regulación pública de la autorregulación (o autorregulación regulada), es instrumentalizar los mecanismos de autorregulación (usarlos) para enfocarlos y conducirlos hacia la atención y satisfacción de intereses públicos perseguidos por el Estado, ante la evidente presencia de desperfectos y riesgos generados cuando únicamente nos respaldamos en la autorregulación sin más. Con ello, la autorregulación regulada no deja de ser una nueva técnica de regulación¹⁰⁹, pues mediante ésta se persigue

¹⁰⁵ Así, la especialización constante de los subsistemas termina explicando la mayor efectividad de la autorregulación frente a la clásica regulación estatal, lo cual se debe principalmente a tres razones, que son el conocimiento experto y especializado, la autonomía de los ciudadanos de ejercer libremente el desarrollo científico sin la intervención preponderante del Estado, y la progresiva superación de las fronteras y limitaciones políticas y territoriales por parte de las organizaciones civiles. Revisar: *Ibidem*, pp. 64-65.

¹⁰⁶ La autorregulación puede desarrollarse también por otros motivos: para lograr valores externos tales como el dinero, la fama o el poder; o para evitar de por sí cualquier tipo de regulación estatal, toda vez que los entes privados suelen considerar que una regulación estatal será siempre más severa o porque pretenden aprovechar la autorregulación para introducir ventajas frente a los competidores. En: DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Ibidem*, pp. 80.

¹⁰⁷ MALARET I GARCÍA, Elisenda. “Servicios públicos, Funciones públicas, Garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 145, 1998, pp. 74.

¹⁰⁸ Así, la consideración pública de la autorregulación se manifiesta en una actividad reguladora del Estado tendente a instrumentalizar las normas y controles de origen privado, poniéndolos al servicio de fines públicos. En: DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 83.

¹⁰⁹ Esta nueva forma de regulación –la autorregulación regulada– se caracteriza por centrarse en lo “sugerido”. La regulación imperativa, obligatoria, de paso a una regulación no coactiva y no vinculante. Utilizando algunas expresiones anglosajonas, podemos decir que al lado de un “derecho duro” de origen estatal o *Hard Law*, obligatorio y coactivo por naturaleza, se viene reconociendo la existencia de un “derecho blando” o *Soft Law*. Esta última forma de regulación incluye aquellas decisiones públicas que no poseen efectos vinculantes y que adoptan, por ejemplo, la forma

corresponsabilizar a la sociedad en la minimización de los riesgos por ella generados, con el objeto de facilitar la función de garante que tiene atribuida el Estado.

1.3.1.2. Delimitando conceptos: diferencia de la “Autorregulación regulada” respecto a la figura del “Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”

Ahora, ¿por qué hemos descrito todo este apartado sobre regulación? Como indicamos en su momento, el constante avance de la técnica y complejidad de las actividades de interés público trae consigo la aparición de nuevas formas de actuación de la Administración, específicamente dos desde nuestra concepción. Ya hicimos referencia a una de ellas, la autorregulación regulada, y queda aún pendiente describir la segunda, que es objeto de nuestro estudio: el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas.

Al respecto, no debemos confundir las figuras de regulación pública de la autorregulación con el EPCA. Ambos son mecanismos de naturaleza cooperativa entre Estado y sector privado. Tienen esa misma naturaleza general de cooperación, pero su contenido, estructura y objeto no es el mismo. Tal como señala Darnaculleta, el uso de la expresión “regulación de la autorregulación” posee innumerables riesgos debido, básicamente, a la indeterminación de los términos “regulación” y “autorregulación”. Como indica la referida autora, la regulación pública de la autorregulación se manifiesta en un sentido *ascendente* -cuando el Estado advierte de las ventajas que ofrece la autorregulación y le atribuye concretos efectos públicos- y en un sentido *descendente* -cuando el desarrollo de la autorregulación es fomentada, incluso impuesta, por la legislación-¹¹⁰.

Es decir, en la autorregulación regulada de tipo *ascendente*, se parte de una actividad de origen privado, en la que los mismos actores privados se organizan y autorregulan por su propia iniciativa, pero en la que, debido a los impactos *de función pública* que tienen sus actividades (que inciden sobre determinados bienes jurídicos de relevancia pública), o por la presencia de determinados *riesgos*, son *regulados* por el Estado y estrictamente reglamentados para tutelar dichos bienes jurídicos. Mientras que, en la autorregulación regulada de tipo *descendente*, el Estado es el que genera, por su propia iniciativa, ese espacio para que determinados actores privados se autorregulen, fomentando y configurando mediante mecanismos legales la auto-organización de dichos actores privados; actividad la cual, será igualmente reglamentada por la Administración.

En el primer escenario el Estado se vale de la autorregulación creada por los privados y la reglamenta; y el segundo escenario el Estado “crea” y fomenta esa autorregulación, a la par que la reglamenta

de recomendaciones; así como también las normas de origen social (privado) de idénticos rasgos. Sobre la base de esta noción de *Soft Law*, cabe resaltar que la autorregulación regulada tiene su correlato en el derecho anglosajón a través de la figura del *Regulated Self-regulation*, o *Meta-regulation*. El concepto de *Self-regulation* hace referencia a la situación en la cual un grupo de empresas –o de manera individual- ejercen control sobre la conducta de sus propios miembros. Julia Black, al respecto, ha señalado que mediante esta figura se entiende que un grupo de personas o cuerpos (de carácter privado), en actuación conjunta, ejercen una función regulatoria respecto de sí mismos y sobre cualquier otra entidad o personas que acepten su autoridad. En base a ello, la noción de *Self-regulation* deriva a cualquier sistema de regulación en el que la entidad objeto de regulación se impone a sí misma sus propios comandos de actuación y consecuencias derivadas de los mismos. Por su parte, la noción de *Meta-regulation* (o *Regulated Self-regulation*) hace referencia a una forma en la cual los reguladores inducen a que las entidades objeto de regulación desarrollen sus propios mecanismos de autorregulación ante un problema en concreto. Revisar: BALDWIN, Robert, Martin Cave, Martin Lodge. *Op.Cit.*, pp. 137; BLACK, Julia. “Constitutionalising Self-regulation”. *The Modern Law Review*. Cambridge, Vol. 59, 1996, pp. 27; COGLIANESE, Cary & Evan Mendelson. *Meta-regulation and Self-regulation*. Hampshire: The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2012, pp. 150; y, DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 25 y 376.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 386.

mediante mecanismos normativos. Y es esta autorregulación regulada de tipo *descendente* la que eventualmente es confundida con los supuestos de traslación de funciones públicas a particulares (EPCA), en los que se traslada a éstos no sólo el cumplimiento de una obligación de relevancia pública, sino también la condición de autoridad o, incluso, concretas potestades administrativas¹¹¹.

Una cosa es que el Estado fomente y hasta configure legalmente supuestos de autorregulación, y otra distinta es que el Estado traslade el ejercicio de funciones públicas a privados, los cuales no tienen como fin autorregularse con otros privados, sino sólo ejercer la función trasladada, actuación que el Estado asume como propia. La autorregulación regulada de tipo *descendente*, en la que se fomenta y se conduce una autorregulación por parte del Estado, puede tener como una de sus manifestaciones en nuestro país al Comité de Operación Económica del Sistema (COES), el cual tiene como función coordinar la operación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) y despachos de energía según niveles de eficiencia por costos.

El COES fue creado mediante Decreto Ley N° 25844 (Ley de Concesiones Eléctricas), y posteriormente regulado por Ley N° 28832 (Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica). Esta última norma señala, en su artículo 12, que el COES es una “entidad privada, sin fines de lucro y con personería de derecho público, compuesta por todos los agentes del SEIN”, es decir, empresas privadas o empresas del Estado. Se trata, entonces, de una persona jurídica creada por Ley, de régimen de derecho público, pero de naturaleza privada, y que se compone, a su vez, de otras personas jurídicas de naturaleza privada, las cuales se autorregulan internamente para cumplir las funciones del COES.

Otro ejemplo de esta autorregulación regulada *descendente* lo encontramos en la figura de los Colegios Profesionales. Así, tenemos que el Colegio de Abogados de Lima (CAL) fue creado mediante Ley N° 1367 del año 1910, el cual tiene la finalidad, entre otras, de regular el ejercicio de la abogacía en la jurisdicción de Lima, constituyéndose como un ente “habilitador” de quienes cuentan con el título profesional de abogado. Como todo Colegio Profesional, el CAL es una institución autónoma de derecho público con cobertura constitucional (Art. 20 de la Constitución), que ejerce en su mayoría funciones público-administrativas sin estar integrado en la estructura orgánica del Estado¹¹². Sus componentes son personas naturales, privadas, que forman parte de un sistema de autorregulación de la disciplina que ejercen a través de mecanismos internos de inscripción, habilitación, evaluación, supervisión y sanción¹¹³, todo lo cual da cuenta de la existencia de un sistema de *autonomía*

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Como se verá luego, no es necesario formar parte de la estructura orgánica del Estado para realizar funciones administrativas, pues existen también supuestos de organismos autorregulados con autonomía administrativa, que ejercen funciones públicas por la misma naturaleza de la actividad que realizan, sin que necesariamente medie un mecanismo específico de traslación de dichas funciones (por ejemplo, un determinado título habilitante). Para mayor ahondamiento, revisar la Resolución N° 0079/CEB-INDECOPI de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI, del 27 de enero de 2017.

¹¹³ Ambos ejemplos tienen criterios semejantes. El COES, si bien de acuerdo al artículo 12 de la Ley N° 28832 es una persona jurídica privada de derecho público, tiene su origen en una Ley, y por ello su denominación estaría más acorde con la de una persona jurídica pública no estatal y de componentes privados, toda vez que (...) *las personas de derecho público nacen por mandato expreso de ley y no por voluntad de las partes*, en conformidad con el fundamento 6) de la STC N° 0045-2004-AI/TC. De igual manera, los Colegios Profesionales, que son instituciones autónomas de derecho público según el artículo 20 de la Constitución, tienen su origen en la Ley, de modo que son personas jurídicas públicas y de derecho público en conformidad con la STC N° 0027-2005-PI/TC (sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937), mas ello no quiere decir que sean parte integral del Estado, toda vez que, como bien indica la Constitución, tienen autonomía y no se incluyen en la estructura orgánica del Estado, además de que sus integrantes son personas privadas. Ahora, siguiendo a Rebollo Puig, los Colegios Profesionales, como Corporaciones Públicas, son de derecho público porque su creación, su configuración esencial, su organización, la determinación de sus fines o su extinción es decisión de los poderes públicos, del mismo Estado y no es mero fruto de la simple voluntad de sus miembros. Pero aun así, no son Administraciones, y por ello,

administrativa, económica y normativa de estas instituciones, de conformidad con lo desarrollado en la STC N° 3954-2006-PA/TC.

Ambas figuras constituyen, desde nuestra óptica, personas jurídicas públicas (por su creación legal), de derecho público (por las funciones administrativas que ejercen), no estatales en la medida en que no se integran en la estructura orgánica del Estado, y de configuración privada, toda vez que están integradas por empresas privadas y personas naturales que se auto-organizan y auto-controlan, o en suma, se autorregulan para el cumplimiento de sus fines. Son expresión de un fomento de la autorregulación por parte del Estado, en la que éste crea el escenario de autorregulación de privados (en los referidos casos, por la misma creación legal de la entidad), y al cual reglamenta posteriormente mediante dispositivos normativos. Por lo tanto, ambas figuras demuestran en el plano práctico la configuración de la noción teórica de una *autorregulación regulada descendente*, en los términos señalados por Darnaculleta i Gardella¹¹⁴, mas no son formas de un EPCA.

La autorregulación y la regulación pública de la autorregulación (autorregulación regulada) no deben confundirse con el EPCA, ni en su modalidad de autorregulación regulada *ascendente*, ni tampoco en la modalidad *descendente*. Debemos reparar en la separación categórica de estas dos figuras. El elemento característico de la autorregulación regulada es, precisamente, que se produce y origina en la órbita privada (como autorregulación), y que a partir de ello se crean interacciones con los poderes públicos a través de los controles, supervisiones y fomento que éstos realizan al respecto.

Es decir, si bien la autorregulación regulada implica una intervención administrativa (diferente), su origen es naturalmente privado, porque los sistemas de auto-organización, autocontrol, autorreglamentación, etc., son diseñados por los mismos actores privados. Es este punto el que no debe perder de vista a la hora de diferenciar ambas figuras. Así, como menciona Esteve Pardo, *se ha llegado a considerar erróneamente que la figura del ejercicio de funciones públicas por privados es una manifestación de autorregulación, en la medida en que los miembros de la entidad privada se autorregulan al decidir –desde órganos representativos- sobre sus propios intereses y según sus propios criterios*¹¹⁵.

En los casos de *ejercicio de funciones públicas por privados* (EPCA), efectivamente, existe un componente privado protagónico, y es por ello que se genera la confusión con los mecanismos de autorregulación. No obstante, es de reparar que, en el primer caso, lo que está en la órbita privada (en manos de los sujetos privados) es el ejercicio de una función cuya titularidad permanece en la órbita pública¹¹⁶, a diferencia de lo que sucede en el caso de la autorregulación, en el que toda la operación principal es por cuenta y origen de los privados, para su propios intereses y resultados, lo que determina su presupuesto subjetivamente privado (sin perjuicio de que a su vez hayan intereses públicos involucrados).

En la autorregulación regulada la Administración toma en cuenta las reglas y resultados formados por los mismos administrados y aplica paralelamente mecanismos normativos de reglamentación, mientras que en el EPCA las reglas son establecidas exclusivamente por la Administración, y los resultados son asumidos como propios por ésta. El hecho de que exista una regulación –intervención-

no están sometidas al Derecho Administrativo. Es más son una alternativa a la Administración y al Derecho Administrativo, de modo que identificarlas con las Administraciones –y someterlas en su conjunto al derecho administrativo- arruinaría su virtualidad. En: REBOLLO PUIG, Manuel. “Derecho Administrativo y Administración Pública”. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2° ed. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 51.

¹¹⁴ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. Op.Cit., pp. 386.

¹¹⁵ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pp. 104.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 106.

pública de la autorregulación no quita ni desconoce la naturaleza específicamente privada de dicha figura, más aún cuando la referida intervención pública se orienta más hacia la fijación de objetivos y supervisión-control de su desarrollo que a una directa intervención sobre el contenido. Sobre la base de lo dicho, la figura del EPCA no deberá confundirse con los conceptos de autorregulación y autorregulación regulada, en virtud de los argumentos expuestos.

Como podemos ver, hemos descrito, a nuestro criterio, las dos formas conocidas (mas no debidamente abordadas) en las que se manifiestan las nuevas formas de actividad administrativa frente al incremento de la técnica, los riegos, y la necesidad de mayor eficacia. De este modo, la descripción del mecanismo de la autorregulación regulada, a través de la delimitación de su contenido y caracteres resaltantes, nos permite trazar de mejor forma las diferencias respecto a la figura jurídica que nos concierne en esta investigación.

Con ello, corresponde entonces ingresar al análisis mismo de la figura el de *Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, a la cual consideramos como una auténtica figura del Derecho administrativo, con naturaleza jurídica propia, con elementos característicos y constitutivos, y con manifestaciones prácticas significativas y hasta polémicas, lo cual será debidamente abordado en el capítulo que sigue a continuación.



CAPÍTULO II

EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR ENTIDADES PRIVADAS COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN (EPCA): ANÁLISIS DE UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como hemos podido ver, en el primer capítulo hicimos un análisis de las bases teóricas que justifican la existencia de ciertas formas de participación entre el Estado y los ciudadanos para la realización, por parte de éstos últimos, de funciones y tareas propias de los poderes públicos. El mismo concepto de participación fue examinado en su noción más amplia para poco a poco delimitarla en un plano de interacción de los poderes públicos y los agentes privados, en una relación de colaboración y cooperación mutua.

Así, analizamos las construcciones sociológicas que sustentan una apertura de sistemas públicos y sociales para la creación de ámbitos de interacción mutua y concertación. Luego, nos detuvimos en un análisis del concepto amplio y constitucional de participación como elemento indispensable del desarrollo de las sociedades, en el cual la ciudadanía adquiere un papel trascendental mediante su incorporación en los asuntos públicos y de interés colectivo. Dicha noción de participación fue posteriormente delimitada hacia un plano más específico, que se refiere a las nuevas formas de participación de los agentes privados con las Administraciones públicas bajo un sistema de cooperación, que permita la atención de intereses tanto públicos como estrictamente privados. Para ello, nos fue necesario investigar las causas que impulsaron la construcción de las nuevas formas de participación entre los poderes públicos y la sociedad civil.

La técnica, la eficacia y el riesgo se configuraron, así, como elementos claves de este entendimiento. Estos elementos se plasmaron como los orígenes directos de la necesidad del Estado de contar con la participación del sector privado en determinados sectores, lo cual, a su vez, derivó en el referido análisis de las nuevas formas de intervención del Estado a través de dos figuras específicas. En este sentido, la autorregulación regulada, como una de estas dos formas, fue brevemente analizada con la finalidad de trazar una delimitación teórica que nos permita elaborar, de manera más metódica, nuestra figura jurídica objeto de estudio. Es así como finalmente llegamos al análisis de la otra figura indicada, la cual es “*El Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*” (en adelante, “EPCA”), figura sobre la cual nos enfocaremos en el presente capítulo.

No obstante, con el fin de poder ingresar en un análisis suficientemente elaborado de esta figura y la justificación directa de su viabilidad, resulta necesario ir por partes. Y por ello, primero deberemos definir la naturaleza jurídica de las funciones que serían ejercidas en virtud del EPCA, para lo cual será necesario no sólo tener en claro los conceptos ambiguos involucrados en esta figura, sino también conocer cuáles son las formas mediante las cuales se manifiesta el Estado, específicamente la Administración Pública, en la actividad de los administrados. De esta manera, las primeras secciones siguientes serán, básicamente, de ahondamiento conceptual y delimitación de nociones, lo cual constituye una tarea preliminar para analizar la efectiva viabilidad de la figura administrativa objeto de nuestro estudio, y desde luego, su correspondiente aplicación práctica y legal.

2.1. Las potestades inherentes a la soberanía del Estado: actuaciones en virtud del *ius imperium*

Las funciones públicas que, en virtud de la figura del EPCA son trasladadas a la esfera de ejercicio de entidades privadas, tienen un carácter público evidente, aspecto que justifica su original y, hasta entonces, exclusiva atención por parte de los organismos públicos correspondientes. Esas funciones públicas, se diría, son funciones reservadas al Estado como parte de su núcleo duro e irreductible, de su autoridad, y por ello, irrenunciables e indisponibles¹¹⁷. Pero dicho enunciado, como bien hace notar la profesora Dolors Canals i Ametller¹¹⁸, tiende a ser en exceso difuso y ambiguo, toda vez que involucra una serie de locuciones que se confunden y entremezclan.

Así, las locuciones “funciones públicas” y “autoridad inherente a los poderes públicos” se terminan utilizando habitualmente por el Derecho positivo junto a otras expresiones conexas, como “potestades públicas”, “funciones soberanas”, “ejercicio de autoridad”, “autoridad pública” o “ejercicio de la soberanía”. Sin embargo, pese a su uso frecuente, no existirían definiciones unívocas o exactas de estos enunciados, toda vez que los mismos expresan conceptos imprecisos *cuyo alcance se intuye, pero no se concreta normativamente*¹¹⁹.

Todos estos enunciados, ejercicio de “soberanía”, “autoridad”, “potestades”, entre otros, son abiertamente difusos y controvertidos, y dicha confusión termina en cierta manera siendo contraproducente con los objetivos de nuestra investigación. Si pretendemos delimitar cuál es la naturaleza jurídica de las funciones que, en virtud de la figura del EPCA, se estarían trasladando a los particulares, es decir, qué es lo que exactamente ejercen, deberemos ir delimitando estos conceptos difusos. Una idea relativamente clara sobre los mismos nos permitirá, posteriormente, hacer definiciones sobre los conceptos mismos de “Administración Pública” y “Función Pública”, por lo que, en este apartado, nos corresponderá abordar brevemente algunas nociones señalados con anterioridad, con el fin de último de esclarecer nuestro panorama de investigación.

2.1.1. Los conceptos ambiguos de soberanía, poder, potestades, prerrogativas y autoridad

El *Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración* (EPCA), es un concepto ambiguo y complejo que implica una serie de nociones igualmente complejas. Por ello, es menester de la presente sección desmembrar los conceptos involucrados en la figura del EPCA, para luego de ello entender cabalmente la idea central de su contenido. Un primero concepto que se desprende de dicha figura es el referido a la “soberanía”. El EPCA, por su propio nombre, hace referencia a una serie de funciones del Estado que serán realizadas por los privados, funciones las cuales –y como se verá más adelante– no constituyen actividades propias de la esfera de los particulares, sino que se corresponden a un ámbito exclusivo de las tareas del Estado.

El Estado, como concepto político, está compuesto precisamente por cuatro elementos¹²⁰, que son el *territorio*, la *población*, el *gobierno*, y la *soberanía*. Es este último elemento, de por sí ambiguo, del cual

¹¹⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 195.

¹¹⁸ La ilustre profesora de la Universitat de Girona publicó, en el año 2003, un libro que resulta indispensable para el desarrollo de nuestra investigación: “El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)”. En dicha obra, la profesora Canals hace una profunda y sesuda investigación sobre la teoría subyacente a una figura del derecho público no tan examinada por los juristas, referida a los casos en los que las entidades privadas colaboran con la Administración para el ejercicio de funciones que implican el despliegue de ciertas potestades públicas. En este sentido, la construcción teórica realizada por Canals es sumamente enriquecedora para el objeto de nuestro estudio, y es por ello que, como es de esperar, su investigación será un punto de referencia protagónico en nuestro trabajo.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ NOVAK, Fabián y Luis García-Corrochano Moyano. *Derecho Internacional Público*. Tomo II: Sujetos de derecho internacional, Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001, pp. 33.

se desprende la idea de funciones propias del Estado. La *soberanía* es el poder político supremo que le corresponde a un Estado independiente¹²¹. Es un concepto originalmente político, extra jurídico, que se da a partir de la decisión del poder constituyente que da origen al poder constituido¹²², que hace referencia a los poderes y conjunto de potestades que tiene un Estado respecto a los individuos que lo componen, y frente a los otros Estados en el sentido de independencia y autonomía.

Según Isasi Cayo, la soberanía es el poder superior que reside en el pueblo y que se ejerce por el Estado a través de sus gobernantes y funcionarios. Se expresa en el fuero interno al someter los intereses particulares a los de la colectividad, y en el frente externo, al sostener la independencia y autonomía respecto de terceros países¹²³. Es la abstracción y resumen de los poderes, potestades y prerrogativas del Estado¹²⁴. Por ello, la soberanía se refiere, en suma, a los poderes, potestades, prerrogativas que tiene un Estado para ejercer actuaciones de mando sobre los individuos, y que éstos las obedezcan.

Por su parte, el *poder* es entendido como la capacidad de un sujeto o sujetos para hacer o ser algo, específicamente la capacidad de ejercer un dominio o influencia sobre otros¹²⁵. Es la posibilidad concreta de intervenir sobre la esfera de actuación, decisión, y voluntad de otro sujeto, o sobre las condiciones de un objeto. Es un concepto abstracto que se encuentra presente no sólo en las ciencias y disciplinas como el derecho, sino que abarca también cualquier expresión humana que represente dichas características de influencia deliberada.

Así, desde una concepción amplia del concepto de *poder*, se ha señalado que éste es la capacidad de convertir posibilidades en realidades mediante la aplicación de energía. Desde una concepción más delimitada y sociopolítica del mismo, se hace referencia a la posibilidad de sustituir la voluntad ajena por la propia en la determinación de la conducta de otros, mediante la eventual aplicación de un medio coercitivo¹²⁶.

Es la capacidad que tiene una entidad o persona de influir en las conductas de las demás¹²⁷. García-Pelayo resume el concepto de *poder* bajo los siguientes términos:

Por poder, se entiende la posibilidad directa o indirecta de determinar la conducta de los demás sin consideración a su voluntad, o dicho de otro modo, la posibilidad sustituir la voluntad ajena por la propia en la determinación de la conducta de otro o de otros, mediante la aplicación potencial o actual de cualquier medio coactivo o de un recurso psíquico inhibitorio de la resistencia.¹²⁸

La *potestad*, de otro lado, es un concepto que de por sí implica un poder que alguien tiene sobre una persona o cosa¹²⁹. Es toda manifestación del poder soberano, que entra en el ámbito jurídico a través

¹²¹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=Y4JqQ2c>

¹²² SUÑÉ LLINAS, Emilio. "Sobre el concepto de potestad". En: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Editorial Civitas, 1989, pp. 1369.

¹²³ ISASI CAYO, Felipe. *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 45.

¹²⁴ SUÑÉ LLINAS, Emilio. Loc.Cit.

¹²⁵ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=TU1KCFY|TU2nLT0>

¹²⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Obras Completas*. Vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 1891-1893.

¹²⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "Un acercamiento al concepto de función administrativa en el Estado de Derecho". En: *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 19, N° 31, 2009, pp. 285.

¹²⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1859.

¹²⁹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=Trz0bwV>

de la Constitución del Estado para ser distribuida entre los diversos niveles de su estructura orgánica¹³⁰. Las potestades de la Administración, se dice, son los medios jurídicos mediante los cuales aquella procura sus fines; la potestad sería un reflejo cualificado del poder que ejerce la Administración¹³¹.

Como bien señala Cassagne, la potestad no nace de relación jurídica alguna (ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares), sino del ordenamiento jurídico, el cual la disciplina y regula¹³². Tiene un objeto genérico, que si bien es delimitado no es concreto en su contenido (como la potestad reglamentaria)¹³³, y que consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos. En este sentido, no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, ni recae sobre ningún objeto específico y determinado¹³⁴, sino únicamente una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan¹³⁵.

La potestad sería un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos¹³⁶. La diferencia etimológica está en que la “potestad” se configura como un término más jurídico que el “poder”¹³⁷. Así, para Marienhoff el “poder” es un atributo del Estado *latu sensu*, que se encuentra presente en todos los niveles de la estructura estatal, en tanto que la “potestad” puede ser prerrogativa inherente a una función, como por ejemplo de la correspondiente a la Administración pública¹³⁸.

Por su parte, la *prerrogativa* es un concepto que también deriva de la soberanía, y se refiere a las facultades que tiene una autoridad o poder público para actuar en determinadas materias y circunstancias¹³⁹. La tenue diferencia, si quiere llamarse así, podría estar en que las prerrogativas, usualmente, harían referencia a situaciones de privilegio, es decir, actuaciones que una autoridad o entidad estaría facultada a realizar por tener especiales consideraciones en un contexto determinado.

Para Cassagne, una *prerrogativa* es, en efecto, una potestad. Pero no a la inversa. Señala el autor que ello se debe a la existencia de potestades que son regidas también por el Derecho privado, por lo que la prerrogativa sería una potestad pública investida por el *imperium* estatal¹⁴⁰, como elemento diferenciador. Pero aclara que, (...) *del hecho de que la prerrogativa sea en sí misma irrenunciable, no se deriva necesariamente que el Estado no pueda celebrar un compromiso acerca del modo en que ella será ejercida*¹⁴¹.

Nota aparte merece la mención al concepto de *autoridad*. Este concepto, según el lenguaje común, implica por sí solo las nociones mismas de potestad, facultad o legitimidad, siendo así un concepto

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 1370.

¹³¹ LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986, pp. 226.

¹³² CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra, 2010, pp. 146-147.

¹³³ VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis Villar Ezcurra. *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1985, pp. 09.

¹³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 1, 12° ed. Madrid: Thomson – Civitas, 2004, pp. 449-450.

¹³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Loc.Cit.*

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 147.

¹³⁷ La potestad es un poder jurídicamente legítimo que tiene como elemento clave al “estado de sujeción”, y ello es importante en la medida en que podría también hablarse de poderes ilegítimos, como los que tendrían algunos grupos organizados en materia delictiva. Asimismo, también se suele distinguir, ya dentro del ámbito jurídico, al “poder” y la “potestad” en una relación de género – especie.

¹³⁸ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, pp. 573.

¹³⁹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=U4Xkk2x>

¹⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 38.

¹⁴¹ *Ídem*.

evidentemente difuso y complejo (basta con decir “autoridad pública” para imaginarnos dentro de dicha denominación a una serie de elementos como el poder y la facultad). Engloba también conceptos como los de *poder*, y especialmente, los de *prestigio* y *crédito* reconocidos a una persona por su calidad o competencia¹⁴². En palabras de García Pelayo, la “autoridad” es, junto con el poder, una de las vías para operar sobre la conducta de los demás¹⁴³.

Toda esta descripción no hace sino demostrar que existe una evidente complejidad en la utilización de uno u otro término al momento de referirnos a los elementos que caracterizan el actuar de los poderes públicos. “Poder”, “potestad”, “prerrogativa” y “autoridad”, son conceptos que indudablemente se desprenden de la noción de “soberanía” del Estado, y que muchas veces son utilizados de manera indistinta, toda vez que éstos, si bien tienen remarcaciones etimológicas que los delimitan en lo teórico, dicha diferencia no se plasma en lo práctico y legal.

Nuestras normas, nuestro derecho positivo, no ha separado jurídicamente un concepto de otro. No tenemos un cuerpo normativo que trace una delimitación práctica aplicada a la realidad sobre estos conceptos. Si bien intuimos los alcances de estas nociones, las normas no han precisado en qué casos o para qué supuestos correspondería utilizar uno u otro. La referencia a un “ejercicio de funciones públicas” nos da a entender que, ineludiblemente, existirá un actuar vinculado al poder estatal, en el que se entremezclan ideas como un “ejercicio de soberanía”, “ejercicio de prerrogativas públicas”, “autoridades públicas”, “potestades administrativas o de los poderes públicos”, entre otras muchas locuciones imprecisas pero cuyo alcance se intuye.

No obstante, para comprender a cabalidad la figura objeto de nuestra investigación, que es el “*Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*”, es necesario primero entender qué implica exactamente ese “ejercicio de funciones públicas”. De lo contrario estaríamos admitiendo la posibilidad de que sujetos privados realicen actuaciones de vaga precisión y ambiguo alcance, situación abiertamente contraproducente a efectos de tener un mecanismo claro y transparente. Si queremos entender de manera precisa dicha figura, será necesario entonces que hagamos el esfuerzo de trazar una delimitación de lo que se traslada a la esfera de ejercicio privada. No basta con decir que los privados podrían realizar funciones públicas, sino que es importante también precisar qué implica dicho ejercicio de funciones públicas a efectos de trazar mejor los alcances, metas y responsabilidades de dicho ejercicio.

Empezaremos adelantando un planteamiento identificado en el tercer capítulo de esta investigación, que es el siguiente: las funciones públicas implican un actuar administrativo (propio de los organismos o autoridades administrativas) destinado a la administración sectorial de la sociedad¹⁴⁴, que son ejercidas en virtud de una competencia legalmente atribuida, para la satisfacción de un interés público de la colectividad, y que implica el despliegue de elementos derivados de la soberanía del Estado.

Dicho despliegue de elementos de soberanía hace referencia, precisamente, a los conceptos que hemos venido vertiendo anteriormente. Los poderes públicos, los organismos, órganos, entidades o autoridades actúan de dos formas generales: i) aprobando, prohibiendo, y en general cualquier otra forma vinculada a la facultad de decisión, ejerciendo con ello una autoridad; y, ii) realizando o

¹⁴² Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=4UNmzWP>

¹⁴³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1859.

¹⁴⁴ En contraposición a otras funciones de índole normativas (legislativa) o de tutela de derechos e impartición de justicia (como la jurisdiccional). La administración de la sociedad es la tutela directa de los sectores que conforman el Estado, es la creación y aplicación de directrices y políticas, es la materialización de las normas, y una serie de actividades que conforman esta amplia tarea de conducir la sociedad misma.

materializando una norma o decisión (para lo cual se entiende un desplazamiento de actuaciones conducentes a modificar, crear, o extinguir situaciones concretas previamente decididas), o fomentando políticas públicas.

Como podemos ver, una forma genérica de actuación del Estado es mediante decisiones, lo cual, como dijimos, no es otra cosa que el ejercicio de autoridad. Las autoridades públicas deciden, disponen, autorizan, prohíben, asignan, entre otras funciones, todas las cuales deben posteriormente ser materializadas. La materialización de estas actuaciones decisorias será, por consiguiente, una forma de actuación genérica distinta al ejercicio de autoridad. La autoridad decide, y otro sujeto público ejecuta o materializa. Son dos planos debidamente identificables. Por ello, podemos entender que el término “autoridad” tiene un contenido sustancialmente diferente al de los otros elementos mencionados.

Por su parte, los términos “potestad”, “poder” y “prerrogativa” poseen un denominador en común, que es la facultad de incidir deliberada y legítimamente sobre la voluntad de decisión ajena. En este sentido, si bien estos tres conceptos tienen tenues diferencias etimológicas y teóricas, resultan ser parte de un esquema genérico que hace referencia a las facultades que tiene un ente, organismo u órgano para incidir, en el plano de los hechos y no de las decisiones, sobre la esfera de decisión ajena.

Estos tres elementos estarían, entonces, vinculados con la materialización de las decisiones, siendo la forma genérica de actuación pública contrapuesta al ejercicio de autoridad. La autoridad pública decide, y posteriormente su decisión es materializada a través de instrumentos que implican una incidencia sobre el plano real e incluso sobre las voluntades de los administrados, que no es otra cosa que un uso de poderes, potestades o prerrogativas.

Así, por ejemplo, el Ministro del Interior (o algún otro funcionario superior del sector) decide ejecutar una determinada política pública sobre seguridad ciudadana (ejercicio de autoridad), para lo cual se valdrá del actuar material del cuerpo de oficiales o policías que conforman la Policía Nacional del Perú, en el marco de las funciones establecidas en su respectivo Reglamento de Organización y Funciones (D.S. N° 010-2013-IN). El ejercicio de funciones públicas, como toda actuación estatal, implicará las dos formas genéricas de actuación, es decir, implicará ya sea un ejercicio de autoridad, o un ejercicio de poderes, potestades o prerrogativas públicas. Las diferencias serán más claras cuando abordemos el apartado respectivo de las *auctoritas* y las *potestas*, acepciones históricas de las cuales se desprenden las contemporáneas nociones antedichas, y que servirá efectivamente para delimitar mejor el contenido inmerso en las funciones públicas delegadas a los privados.

Ahora, debido a que, a lo largo del presente trabajo, haremos bastantes referencias a los términos anteriormente dichos, con el fin de mantener una adecuada estrategia metodológica, la referencia a las potestades, prerrogativas o poderes estará siempre orientada al mismo sentido, que es de la facultad de imposición y materialización, es decir, a un poder de mando concretizado en hechos, en contraposición a la autoridad como elemento distinto a estos tres.

No en vano Cassagne indicó, en su obra de “Derecho administrativo”, que, *con el fin de cumplir sus funciones y cometidos, la Administración pública debe disponer de “poderes” o “prerrogativas”, poderes que, en el lenguaje técnico” se denominan también “potestades”*¹⁴⁵. Se constata entonces una utilización indistinta de estos términos, no de forma arbitraria, sino por los fines mismos que dichas nociones persiguen¹⁴⁶.

¹⁴⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 146.

¹⁴⁶ Por ejemplo, al referirnos a “potestades”, podríamos también hacer referencia a “poderes” (legítimos), o “prerrogativas”. Poder, potestad y prerrogativa, pese a sus tenues distinciones teóricas y terminológicas, hacen

El EPCA, como se verá más adelante, implica una traslación del ejercicio de la competencia (función) de determinadas funciones públicas¹⁴⁷, en las que se involucra el efectivo traslado de *potestades*, de *poderes*, de *prerrogativas*; o de *autoridad*. De acuerdo a ello, la idea central subyacente radicaría en que, mediante el EPCA, se configuraría un desplazamiento de funciones derivadas de la *soberanía* sobre las cuales el privado no tenía ningún derecho previo¹⁴⁸.

Ahora, volviendo al tema de la soberanía, ésta se basaba inicialmente en el poder que tenía éste para imponerse sobre los súbditos y ordenar la realización de determinadas conductas. En un principio, la soberanía residía en la persona del rey, y posteriormente se fue construyendo la idea de una soberanía que residía en el pueblo. Luego, esa idea de soberanía se despersonalizaría para convertirse en un elemento abstracto y perpetuo del Estado¹⁴⁹, sujeto a límites tanto internos como externos¹⁵⁰.

Pero a su vez, dicho concepto conllevaba una serie de actuaciones que el Estado, y solo el Estado, debía realizar para el desarrollo y conducción de una buena sociedad, como la defensa frente ataques externos, la impartición de justicia, la representación internacional, el recaudo de impuestos, entre otras. Podría decirse que dichas actividades son la expresión de la soberanía de un Estado, y por ello nunca podrían ser ejercidas por particulares.

Paralelamente a lo señalado, las actuaciones en virtud de la soberanía del Estado fueron ampliándose cada vez más en atención a los nuevos requerimientos de los individuos, los cuales concibieron al Estado como responsable directo de la configuración y desarrollo de todas actividades de incidencia colectiva. A medida que estas actuaciones producto de las necesidades del pueblo se iban expandiendo, el mismo concepto de soberanía comenzaba a relativizarse, siendo necesario comenzar a trazar una línea para diferenciar dichas actuaciones administrativas o prestacionales de las auténticas actuaciones soberanas. León Duguit describió esta nueva configuración al momento de introducir su idea de servicio público, señalando que cuando los gobernantes ejercen estas funciones cercanas a la periferia de actuación privada, no se advierten las prerrogativas de una voluntad soberana, es decir, las manifestaciones del *ius imperium* tradicional¹⁵¹.

Hoy en día, y luego de un largo camino de construcciones conceptuales, la *soberanía* puede ser definida como la potestad jurídica de un Estado de decidir libremente sus asuntos internos y externos¹⁵². Así, la soberanía interna, también conocida como *autonomía*, consiste en el derecho del Estado de escoger libremente su sistema de gobierno, imponer sus normas, y determinar su configuración política y administrativa. La soberanía externa, o *independencia*, permite al Estado determinar libremente sus relaciones diplomáticas con otros Estados igual de soberanos¹⁵³. Al respecto, señala García Toma:

referencia a una misma situación, que es la de la posibilidad concreta de influir sobre la voluntad ajena, de modo tal que el destinatario sobre el cual recae este ejercicio del poder, potestad o prerrogativa, realice (o deje de hacer) una conducta determinada.

¹⁴⁷ Existe una diferencia entre ejercicio de competencia y ejercicio de función, la cual será tratado brevemente en el punto 3.3.2.1. del Tercer Capítulo.

¹⁴⁸ Debemos anticipar que el hecho de que exista un traslado efectivo de funciones públicas, exige que el mecanismo legal que viabilice dicha acción deba ser uno tal que, estructuralmente, esté diseñado para ello. En este sentido, advertimos que quedan fuera de esta noción de EPCA los típicos mecanismos de “encargo de gestión” o “concesión administrativa”, los cuales, e nuestra opinión, no trasladan ni encargan función pública o administrativa alguna, ni tampoco componentes de poder o autoridad, como se verá posteriormente.

¹⁴⁹ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Editorial Aguilar, 1973, pp. 46.

¹⁵⁰ NOVAK, Fabián y Luis García-Corrochano Moyano. Op.Cit., pp. 40.

¹⁵¹ DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, pp. 26.

¹⁵² NOVAK, Fabián y Luis García-Corrochano Moyano. Loc.Cit.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 40-41.

El poder estatal es soberano en relación con los demás entes instalados al interior de su territorio, en razón a que su voluntad es suprema, exclusiva, irresistible y esencial. Como tal, no admite a ninguna otra, ni por encima ni en concurrencia con ella. La potestad de mando del Estado no puede ser contestada ni igualada por ningún otro poder al interior de la comunidad política. Ergo, se encuentra exenta de forma alguna de dependencia o subordinación de ningún ente.¹⁵⁴

Si nos ceñimos exclusivamente a los planos de la autonomía del Estado, o de soberanía interna, podemos ver que dicha noción se delimita para una serie de actuaciones en virtud del *ius imperium*. No obstante, dichas actuaciones tienen su límite en la libertad y derechos constitucionalmente protegidos de los individuos. Como bien indica Suñé Llinas, el poder soberano del Estado puede dejar a los particulares esferas de poder individual acordes con el Derecho, bien a través de autolimitaciones de la soberanía, que son los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente garantizados, o bien por medio de la potestad legislativa¹⁵⁵.

2.1.2. La *auctoritas* y la *potestas*

Las potestades, poderes, y prerrogativas (en conjunto) difieren de la autoridad¹⁵⁶. Pese a ello, todos estos elementos no siempre han tenido el significado que los define hoy en día. Líneas arriba, hicimos una breve definición contemporánea de lo que ambos conceptos implican, señalando, por un parte, que el poder, potestad, o prerrogativa (como elementos conexos en su contenido) sería la posibilidad de determinación de conductas sin importar la voluntad del destinatario bajo medios coercitivos, y por otra, que la autoridad sería también una forma de operar sobre la conducta de otros, pero en forma de decisión susceptible de ser concretizada.

A simple vista, ambos conceptos parecerían cuasi sinónimo. Las expresiones vinculadas al “ejercicio de autoridad” tienen estrecha relación con las expresiones derivadas del “ejercicio de funciones o prerrogativas públicas”¹⁵⁷. Autoridad y potestad son conceptos muy relacionados que tienden a confundirse mucho.

Sin embargo, las diferencias de origen entre ambos términos son sumamente trascendentes para la construcción teórica que venimos realizando, y claro está, para la doctrina del derecho administrativo, en la que es tan frecuente encontrar menciones indistintas a estos conceptos sin que los mismos sean aterrizados debidamente para su aplicación práctica. Para la comprensión de los caracteres y contenidos que diferencian ambos conceptos, deberemos entonces remitirnos a sus antecedentes históricos, lo cual nos remonta al mismo campo del Derecho Romano.

La “autoridad” tendría su remisión etimológica directa en la noción romana de *auctoritas*, mientras que, por su parte, la “potestad o poder” se correspondería con la idea de *potestas*. El orden político de

¹⁵⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS, 2014, pp. 108.

¹⁵⁵ SUÑÉ LLINAS, Emilio. Op.Cit., pp. 1369.

¹⁵⁶ Es preciso en este punto hacer una delimitación más precisa sobre los conceptos trazados anteriormente. Partimos de que, para efectos metodológicos, los conceptos de “poder”, “potestad”, y “prerrogativa” podrán ser utilizados de manera indistinta, debido a que éstos harían referencia a un mismo supuesto: el de incidir materialmente, como un poder de mando, sobre la realidad y los administrados para concretizar las decisiones y normas emitidas por las autoridades. En la presente investigación, por ende, la alusión a una “potestad” hace también alusión a un “poder” o “prerrogativa”, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos. No obstante, y como se indicó brevemente líneas atrás, estos tres elementos sí difieren, en conjunto, respecto al término “autoridad”; y es sobre esta diferencia que se trazará una delimitación conceptual para entender de mejor manera qué es exactamente lo que se trasladaría mediante la aplicación de un EPCA en nuestro ordenamiento.

¹⁵⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 196.

la República romana se sustentaba sobre la trilogía de *imperium, potestas y auctoritas*¹⁵⁸, por lo que, para comprender cabalmente la idea y noción de *auctoritas*, se deberá partir por la definición del mismo concepto de *auctor*. El *auctor* era aquel que tenía la capacidad tanto para iniciar, promover y fundamentar decisiones, acciones y criterios de otros, como para aumentar, acrecer y confirmar decisiones, acciones y juicios originados en los demás, por ser reconocido socialmente como entendido en la materia.

En este sentido, tendría *auctoritas* aquel que tenga la capacidad de ser *auctor*, y desde el punto de vista jurídico-público, aquel que fundamentaba una decisión o la perfecciona jurídicamente por su ratificación, pero sin formular necesariamente por sí mismo el contenido y sentido (finalidad) de la decisión, y sin realizar por sí solo los actos necesarios para su ejecución¹⁵⁹. Esta última acción le corresponde, precisamente, a la *potestas*. Es decir, la formulación del contenido de las decisiones y la realización de los actos conducentes a la ejecución de las mismas es una acción propia de la *potestas*; ¿y qué es la *potestas*? Es el poder de mandar particularizado, es decir, el poder relativo a una magistratura determinada¹⁶⁰.

En otras palabras, gozaba de *auctoritas* quien, por su iniciativa o ratificación legítima, fundamenta, garantiza y acrece los actos de *potestas*. Así, en el Derecho Romano el Senado tenía el *auctoritas*, mientras que del pueblo se desprendía la *potestas* y el *imperium*¹⁶¹. Se desprende de ello la siguiente conclusión preliminar: el *auctoritas* se refería a la capacidad de decisión o resolución sobre un tema específico, en virtud del reconocimiento social adquirido por ser conocedor de un tema en específico, y la *potestas* se refería a la facultad concreta de ejecutar dichas decisiones, de hacerlas reales en el plano práctico por tener un poder legítimo de acción.

La mentalidad romana imponía como criterio social que toda decisión pública, en el gobierno de la *res publica*, esté sometida a una *auctoritas*, es decir, a una persona públicamente reconocida por su *dignitas*, elegida libremente como *auctor* de una decisión¹⁶². La *dignitas* hacía referencia a la cualidad para conducir los asuntos públicos. Es una cualidad que destaca a unas personas sobre el resto, una superioridad que no se fundamenta originariamente sobre la ley ni sobre el privilegio, sino en unas condiciones acreditadas por los éxitos de la acción¹⁶³. La *dignitas*, entonces genera la *auctoritas*¹⁶⁴.

En palabras simples, las cualidades personales de un sujeto, que lo hacen merecedor de respeto y reconocimiento por ser lustrado en alguna materia, le otorgaban esa autoridad, o *auctoritas*, para decidir sobre asuntos vinculados a su experticia. La *auctoritas* es conocimiento, la *potestas* es poder de actuación. El poder, *potestas*, somete; la *auctoritas* provoca adhesiones, y por ello, así como el poder se realiza imperativamente, la *auctoritas* ha de ser reconocida por sus seguidores¹⁶⁵.

¹⁵⁸ De acuerdo a García-Pelayo, el imperium romano era el pleno poder de mandar dotado de instrumentos y facultades coactivas que llegaban hasta la flagelación y la muerte. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1863.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 1864.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 1863.

¹⁶¹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 198.

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1864.

¹⁶⁴ Son dos los elementos que integran la auctoritas pública romana. El primer elemento es la idea de que esta existencia, como modalidad de convivencia tiene a la comunidad, al Senado y su saber, como auctor; auctoritas es propiedad del auctor del origen de la decisión. El segundo elemento es el reconocimiento público: autoridad se tiene sólo ante los otros, o más exactamente auctoritas es la dignitas en que los otros, como, vox populi, tienen a uno de entre ellos. CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 199.

¹⁶⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1860.

De esta manera, la diferencia más significativa entre *auctoritas* y *potestas* tiene relación, precisamente, con el saber y el poder: *auctoritas*, en su acepción originaria, significa autoridad o sabiduría socialmente reconocida, y se contrapone a *potestas*, que es el poder de mando socialmente reconocido¹⁶⁶. El reconocimiento social es, pues, un elemento concurrente en ambos supuestos, que si bien no es de tipo constituyente (que da origen), sí es legitimante¹⁶⁷.

El concepto moderno de autoridad, desde su óptica político-jurídica, termina siendo entonces muchos más amplio (mas no opuesto) al de su antecedente, *auctoritas*, en la medida en que hoy en día la autoridad se adquiere no sólo por las cualidades que un sujeto pueda eventualmente tener -y el reconocimiento social que se le dé por poseer aptitudes cualificadas-, sino más que nada, por la legitimidad legal que le otorga esa investidura. No obstante, si bien el concepto moderno de autoridad es relativamente diferente al de *auctoritas*, la noción de este último nos sirve para darnos cuenta que la autoridad, a efectos de nuestro estudio, debe ser entendida no sólo en su concepción contemporánea, sino también en virtud de todas estas consideraciones etimológicas e históricas que la diferencian del *potestas* o poder.

Solo así podremos identificar cabalmente cuál es la naturaleza de las funciones que son ejercidas por las entidades privadas colaboradoras (¿autoridad, potestad, ambas?), toda vez que no es lo mismo hablar de “autoridad y potestad” en cualquier circunstancia socio-política, que hablar de “autoridad y potestad” en el estudio del derecho administrativo, y específicamente, en el estudio del EPCA¹⁶⁸. Ahora, las nociones de soberanía, autoridad, potestad, poder y prerrogativas no son las únicas que se vinculan y fundamentan la figura del EPCA, sino también otras como la Administración Pública y las mismas funciones estatales, enunciados que deberán ser igualmente armonizados con el fin de definir la naturaleza jurídica de la figura objeto de nuestro estudio.

2.2. La Administración Pública y sus principales manifestaciones

Como hemos podido apreciar, existen una serie de elementos que se desprenden de las nociones de soberanía y *ius imperium* estatal. Las funciones públicas que realiza el Estado tienen, en efecto, esa connotación, en la medida en que son muestra de las potestades y poderes que éste posee. Sin embargo, muchas de estas funciones y actuaciones derivadas de la soberanía estatal se alejan de ese ámbito fuerte de poderío público para acercarse más hacia la periferia de la actividad de los individuos no estatales. Esas actuaciones y funciones, que tienen un primer origen en la noción de soberanía que hemos venido utilizando, van entremezclándose con las legítimas formas de actividad privada.

Así, en el desarrollo de la actividad del Estado, y en específico, de la Administración Pública, habrán funciones que se relacionan directamente con la autoridad, poderes o potestades de soberanía estatal, que forman parte del núcleo duro e irreductible, indelegables en lo absoluto, y que son justificación de su existencia. Habrá también funciones derivadas de la soberanía que, en función al contexto, podrían ser trasladadas para la obtención de mejores resultados en el plano práctico, como se verá

¹⁶⁶ El poder, potestas, se basa en la disposición de medios de coacción; la auctoritas, en cambio, en la posesión de cualidades valiosas de orden espiritual, intelectual o moral. La auctoritas se basa en el crédito que ofrece una persona o una institución por sus pasados logros, y, por tanto, tiene como supuesto la confianza; el poder, en cambio, tiene como supuesto la desconfianza, la fiscalización, el control y la disposición de medios capaces de allanar la contraria disposición ajena. En: Ídem.

¹⁶⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 199.

¹⁶⁸ Así, dentro de esta formulación, surgirá un nuevo concepto que fue presentado por Manuel García-Pelayo en su trabajo publicado bajo el nombre de Obras Completas (Vol. 2, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991), el cual es el de la “autoridad adscripta”, noción que será revisada posteriormente junto con el elemento de la legitimidad, pues la presente sección se limita únicamente a revisar breves nociones preliminares para mejor entendimiento metodológico.

luego. Asimismo, habrá funciones que, si bien son ejercidas por el Estado y la Administración, no conllevan ningún componente de soberanía, de potestad o de autoridad. Y habrá también funciones más cercanas a actividades prestacionales que limitan y se mezclan con las efectivas actividades de los particulares en ejercicio de sus libertades.

Antes de ingresar a la revisión de las actividades bajo las cuales se manifiesta la intervención de la Administración en la vida de los administrados, es necesario tener un concepto claro de lo que significa la Administración misma.

2.2.1. Concepto de Administración Pública: acotaciones generales

Es imposible hablar de la Administración pública sin referirnos automáticamente a la función administrativa. No obstante, en el presente apartado pretendemos interiorizar el concepto más armónico posible (en la medida en que existen variadas ópticas) de la Administración pública, de manera previa al desarrollo del mismo concepto de función administrativa, el cual se realizará en las siguientes secciones. Tarea difícil, pero de utilidad según criterios metodológicos, de tal manera que, a efectos de los fines del presente apartado, podemos ir señalando que la función administrativa es la actividad que realiza la Administración pública, sin perjuicio de ser absolutamente simplistas en esta primera referencia.

Usualmente se vincula la Administración pública con el actuar propio del Poder Ejecutivo y las entidades u organismos que lo conforman. Así, tal como indica el profesor Antonio Abruña, en sus comienzos, y hasta el último tercio del siglo XIX, en el contexto francés y de otros países que adoptaron las pautas de una tripartición de poderes, la Administración pública se identificó generalmente con el Poder Ejecutivo¹⁶⁹. Dicha vinculación no es errónea, toda vez que, en efecto, la administración es comúnmente ejercida por los organismos adscritos al Poder ejecutivo, que son los que realizan las actividades ordenadoras del desenvolvimiento de los administrados.

No obstante, si bien la referida vinculación no es errónea, sí es insuficiente. La denominada teoría de la separación de poderes, impulsada por Montesquieu, determinó que las ciencias sociales concibieran una división del poder en tres vertientes específicas, que son la judicial, la legislativa y la ejecutiva¹⁷⁰. Dicha concepción se fundamentó en la idea de asegurar una efectiva garantía y contrapeso en el ejercicio del poder, el denominado “sistema de frenos y equilibrios”, con el fin de evitar excesos y actos arbitrarios de quienes se encuentran investidos por el poder público.

Hoy en día, dicha garantía se sigue manteniendo bajo el esquema de separación tripartita de poderes en los ordenamientos jurídicos occidentales, concretizados en la existencia de las instituciones del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo. Así lo reconoce nuestra Constitución Política de 1993, en su artículo¹⁷¹ 43, al señalar que el Estado es uno e indivisible, y se organiza según el Principio de Separación de Poderes, aplicable tanto al ámbito nacional como al municipal¹⁷². Así, la

¹⁶⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 49.

¹⁷⁰ HELD, David. *Modelos de Democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 106-107.

¹⁷¹ Constitución Política del Perú de 1993.

(...) Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹⁷² Esta separación no solo se ha limitado al ámbito nacional, sino que ha abarcado también, por ejemplo, la estructura municipal, toda vez que dentro de los órganos de los gobiernos locales encontramos a los Consejos Municipales (función legislativa mediante ordenanzas) y la Alcaldía (función administrativa y de gobierno). Ver: Ley N° 27972 –

construcción teórica subyacente al Principio de Separación de Poderes sí ha sido punto de nuevas formulaciones y precisiones, importantísimas para el entendimiento del mismo concepto de Administración pública.

Contemporáneamente se ha precisado que el poder no se divide, sino que es uno solo. Es creado por el pueblo y transferido al Estado para su ejercicio acorde a la Constitución. El poder no se separa en tres, pues se mantiene siempre de forma única. Sin embargo, lo que sí se separan son las funciones ejercidas en virtud del poder, las cuales se expresan correspondientemente como funciones legislativas, funciones jurisdiccionales, y funciones ejecutivas o administrativas.

Esta tripartición de funciones permite que las mismas sean compartidas eventualmente, y bajo evidentes restricciones, para atender ciertos casos específicos. El hecho de cada una de las ramas (o poderes, siendo exactos textualmente) tengan funciones propias en virtud de la separación orgánica, no implica que los órganos del Estado siempre tengan el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica, y es que, como señala Brewer-Carías, *todos los órganos del Estado, en una u otra forma, ejercen la totalidad de las funciones, en virtud del Principio del ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado*¹⁷³.

Este principio, también denominado “principio de colaboración de poderes” por nuestra jurisprudencia, se encuentra implícitamente reconocido, por ejemplo, cuando en virtud del artículo 104 de la Constitución, el Congreso delega facultades legislativas al Poder Ejecutivo, y ello es reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC. N° 0004-2004-CC/TC (sobre demanda de conflicto de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo).

En este sentido, la formulación de una tripartición de funciones en virtud de un poder único hace que la Administración pública y las funciones administrativas se desplieguen de igual forma en todas las entidades y organismos que conforman el Estado-persona, superando la restricción de una única manifestación a través del ejecutivo, para adentrarse en los campos jurisdiccionales, legislativos y demás ámbitos que conforman la estructura del Estado. Nuestro marco legal da cuenta de esta línea de argumentación, toda vez que los dispositivos normativos que regulan los aspectos concernientes a la Administración Pública engloban no sólo a las entidades del Poder Ejecutivo, sino también a otros organismos de manera transversal al Estado.

Así, tenemos, por un lado, a la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y sistematizada mediante D.S. N° 006-2017-JUS en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “TUO de la LPAG”), la cual dispone, en el Artículo I de su Título Preliminar, quiénes se encontrarían dentro del ámbito de cobertura de la noción de Administración Pública. Así, dicha norma señala lo siguiente:

Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;

Ley Orgánica de Municipalidades. (...) Artículo 4. - Son órganos de gobierno local las municipalidades provinciales y distritales. La estructura orgánica de las municipalidades está compuesta por el concejo municipal y la alcaldía.

¹⁷³ BREWER-CARIAS, Allan. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 71.

5. Los Gobiernos Locales;
 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
 7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.
- Los procedimientos administrativos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

En este sentido, el TUO de la LPAG engloba, dentro de las entidades comprendidas como parte de la Administración Pública, no sólo a los entes del Poder Ejecutivo, sino también a otros entes distribuidos de manera transversal en la estructura del Estado. Asimismo, la propia Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), señala en el numeral 3 de su artículo 6 que el Poder Ejecutivo ejerce la función de “establecer relaciones, buscar el consenso, prestar asistencia técnica y desarrollar mecanismos de cooperación con todas las entidades de la administración pública”, referencia clara de que la Administración Pública no se limita al Poder Ejecutivo. Igualmente, tanto el artículo 8 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (Ley N° 27867), como el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972) hacen referencia a su inclusión dentro de la noción de Administración Pública

Como podemos ver, el paso de una concepción tripartita del poder hacia una concepción tripartita de las funciones, que, a su vez, se corresponden principalmente, mas no exclusivamente, con cada Sujeto-Poder del Estado, permite tener una idea mucho más amplia de lo que originalmente se pensaría de la Administración Pública. Si la función administrativa se expande de manera transversal por el Estado, y en la medida en que la Administración Pública es la que ejerce dicha función, su carácter también debe comprender los supuestos más allá de la mera estructura del Poder Ejecutivo, lo cual es reconocido por el marco legal vigente según se pudo ver.

Según señala Abruña, a partir del último tercio del siglo XIX la doctrina empezó a plantearse, por diversas razones (como la descentralización o el reconocimiento de las autoadministraciones locales), la irreal identificación exclusiva entre Poder Ejecutivo y función administrativa, produciéndose una ruptura teórica de la relación sujeto-función¹⁷⁴ en la medida en que sujetos externos a dicho poder también realizaban funciones de naturaleza administrativa.

En este sentido, la doctrina intentó identificar cuál sería entonces el contenido específico que pueda vincular la función administrativa con el concepto mismo de Administración pública, toda vez que, si la identidad sujeto-función no existe (por la existencia de función administrativa en sujetos externos), y la tradición hacía referencia a una identificación del Poder Ejecutivo con la Administración pública, entonces ¿cómo se explicaría que la Administración pública sea quien efectivamente realice la función administrativa?

Para resolver esta crisis la doctrina vio por conveniente plantear criterios tanto funcionales (que atienden a elementos materiales, finalistas y hasta negativos), subjetivos u orgánicos (que atienden al sujeto que realiza la función administrativa), y mixtos. Estos criterios serán mejor entendidos en la sección dedicada al estudio de la función administrativa, pero, en resumen, se concibió que existiría

¹⁷⁴ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Loc.Cit.

Administración pública en donde exista también función administrativa, independientemente del sujeto que la realice¹⁷⁵.

No obstante, estos conceptos no han tenido la repercusión normativa que deberían, toda vez que muchas veces se ha limitado a interiorizarlos desde las aportaciones doctrinales, la jurisprudencia, y algunas interpretaciones sistemáticas de las normas. Así, por ejemplo, nuestro marco normativo no presenta una definición de Administración pública ni de función administrativa. Si bien dichos conceptos son referidos constantemente, su descripción normativa es inexistente.

Nuestra Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, y recogida en su Texto Único Ordenado aprobado D.S. N° 006-2017-JUS (en adelante, “TUO de la LPAG”), no define la Administración pública, sino que se limita, en virtud de su artículo I del Título Preliminar, y desde un criterio orgánico, a describir qué entidades son las que la conforman, entendiéndose que dichas entidades serían las que ejercen la correspondiente función administrativa. En este sentido, el acercamiento a un concepto medianamente preciso de lo que significa Administración pública se tendrá que buscar a partir de otras fuentes, atendiendo a la vaguedad e insuficiente que el marco normativo presenta respecto a este asunto. Por ello, corresponde hacer una revisión de algunas definiciones hechas por una parte de la doctrina, pues es ésta la que mejor ha abordado esta temática, para posteriormente, describir el concepto que consideramos más adecuado.

Para García de Enterría, quien parte de un criterio subjetivo, las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, de modo tal que la Administración no es para el Derecho administrativo una mera función material y objetiva. Tampoco es la Administración un simple conjunto de órganos, sino que se trata de una auténtica persona jurídica. Por ello, indica que la Administración pública es, ante todo, una persona jurídica –y no un simple conjunto de órganos– para el Derecho administrativo¹⁷⁶.

Patrón Faura y Patrón Bedoya indican que la Administración pública *está identificada dentro del sistema constitucional con el Poder Ejecutivo, que comprenden al gobierno nacional y a la administración*. No obstante, reconocen también que, si bien el Poder Ejecutivo es “poder administrador” por excelencia, la Administración pública alcanza también a los otros poderes, así como los gobiernos regionales y locales, y organismos autónomos descentralizados¹⁷⁷. Para Martín Mateo, *la Administración, como conjunto orgánico, está integrada por el Poder Ejecutivo*¹⁷⁸. Por su parte, Bacacorzo señala que el concepto de Administración pública *es eminentemente dinámico y de extensión variable, pudiendo abarcar a todos los poderes y entidades que conforman el Estado desde una óptica amplia, y sólo al Poder ejecutivo, o “poder administrador” desde una óptica restringida, y que se plasma en elementos materiales como las normas y reglas positivas*¹⁷⁹.

Sobre esto último, Bianchi¹⁸⁰ señala que, *desde el punto de vista estático, la Administración se extiende sólo hasta los órganos y entes que están bajo la órbita del Poder ejecutivo, y no se traslada a los de los otros poderes aun*

¹⁷⁵ Es menester acotar que no es lo mismo decir “administrar” que “Administración pública”. Así, mientras Administrar (desde un enfoque jurídico) es ejercer la función administrativa, la Administración pública hace referencia principalmente a un criterio orgánico, de cuerpos institucionales y personerías.

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Op.Cit., pp. 64.

¹⁷⁷ PATRÓN FAURA, Pedro y Pedro Patrón Bedoya. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. 8° ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 65-66.

¹⁷⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 24° ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, pp. 39.

¹⁷⁹ BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 38-40.

¹⁸⁰ No obstante, Bianchi realiza una importante apreciación, que, si bien no significa que las funciones administrativas no se encuentren presentes en los organismos externos al ejecutivo, sí representa un acotamiento a tomar en cuenta. Y es que, como bien indica, mientras los Poderes judiciales y legislativos realizan tareas administrativas con el exclusivo

cuando desarrollen funciones, actividades o tareas administrativas¹⁸¹. Al respecto, dicho autor indica que la Administración pública debe ser entendida según un criterio orgánico, y que se extiende a todos los entes que ejercen además prerrogativas de poder público. La función administrativa se da primordialmente en la Administración Pública, pero es verificable también en los restantes poderes, de modo que la diferencia entre las funciones administrativas que realizan el Poder Ejecutivo y los restantes radica en el sujeto a quien están dirigidas: el Legislativo y el Judicial administran para “su propio consumo”, mientras que la Administración lo hace para todo el país¹⁸². Finalmente, Parada Vázquez señala que las Administraciones públicas son las organizaciones que se encuadran dentro del Poder ejecutivo del Estado, más las estructuras orgánicas que sirven de soporte al Poder legislativo y Poder judicial¹⁸³.

Lo dicho hasta aquí da vista de los variados estilos aplicados para definir un mismo concepto. Algunos autores tienden a definir el concepto de Administración pública por su contenido (que de por sí ya es una tarea sumamente difícil), y otros, ante dicha complejidad, optan por definirla atendiendo a quién realiza la función administrativa, es decir, a través de un criterio subjetivo. Al advertir esta complejidad, el jurista alemán Hartmut Maurer, indica que *la Administración implica de por sí una noción polisémica, en la medida en que puede traducirse como una Administración en sentido organizativo* (que es el conjunto de entes y órganos administrativos); *una Administración en sentido material* (que es la actividad administrativa, o actividad estatal para los asuntos administrativos); y *la Administración en sentido formal* (que es la actividad desarrollada por la organización administrativa con independencia de que sea o no materialmente administrativa)¹⁸⁴.

fin de que sean soporte de las funciones específicas de legislar y juzgar, el Poder ejecutivo no administra “para adentro”, sino “para afuera”, pues tiene a su cargo la administración general del país. Mientras la del Poder ejecutivo es función administrativa, la de los restantes es solo actividad. En: BIANCHI, Alberto. *Anotaciones sobre los conceptos de Administración pública y Función administrativa*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 1988, pp. 273-276.

¹⁸¹ Como nota aparte, se ha señalado que la función, la actividad y el cometido difieren sustancialmente. Así, Bianchi traza una diferencia entre los que es “función” y lo que es “actividad”. Según él, debemos distinguir entre la función y la actividad, pues la primera constituye un complejo formado por la competencia del órgano y el procedimiento empleado por éste. Por su parte, la actividad se refiere exclusivamente a la materialidad del acto que se estudia, sin importar bajo qué procedimiento o bajo qué órgano ha sido emitido. En este sentido, la función implicaría el elemento competencial y el procedimiento específico asignado para la materialización de aquella, siendo la actividad únicamente la expresión práctica del cometido buscado por la función. Sobre esto último, otros autores han delimitado aún más estos conceptos, para separarlos de la noción de “cometido”. Así, por ejemplo, Sayagués Laso ha señalado que los cometidos son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente; en cambio, las funciones serían las distintas formas que asumen la actividad estatal para la realización de aquellos cometidos. Por su parte, Cassagne ha señalado que los “cometidos” son las tareas concretas o actividades particularizadas dentro de cada función. No obstante, la diferencia es doctrinalmente interesante, pero de relevancia práctica minúscula, pues coincidimos en asegurar que la idea de función implica siempre y necesariamente una actividad para el cumplimiento de un cometido. En suma, se trata de que las funciones buscan cumplir ciertos cometidos asignados por ley, y para ello dicha función se materializará en una actividad concreta. Por ello, al referirnos a la función, estaremos haciendo mención también a la actividad implícita en ella, y a su vez, al cometido buscado. En la misma línea, Escola señala que la idea de función, incluso, por su propia etimología, está directamente ligada a la existencia de una actividad, al cumplimiento de una tarea, a la ejecución de un cometido, y como tal se halla necesariamente subordinada a la noción de que tal acción tiende siempre a un objeto o a un propósito pre-existente. De tal manera, toda función no es más que una actividad cumplida para un fin determinado, por lo que, para efectos de la presente investigación, los términos actividad, función, y en menor medida, cometido, podrán ser usados alternativamente. Ver: BIANCHI, Alberto. *Ibidem*, pp. 273; SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1953, pp. 50; y, CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 146; CERVANTES ANAYA, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas, 2009, pp. 147; y, ESCOLA, Héctor. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp.87.

¹⁸² BIANCHI, Alberto. *Ibidem*, pp. 276.

¹⁸³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte general*. 4° ed. Madrid: Marcial Pons, 1992, pp. 27.

¹⁸⁴ MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 47-48.

Somos de la opinión, y como se verá mejor cuando desarrollemos el concepto mismo de función administrativa, que lo ideal es utilizar un criterio mixto, en el que se atienda tanto al contenido como al sujeto ejerciente en una línea de complemento, de tal manera que los vacíos que genera uno puedan ser, aunque sea someramente, paliados por el otro. Por ello, coincidimos con Abruña, quien señala que la Administración pública es una organización con poder público que actúa con potestad administrativa¹⁸⁵. Se trata de personas jurídicas, u organizaciones, que formalmente están incorporadas en la estructura del Estado, y que realizan funciones encaminadas a administrar la sociedad mediante el uso de potestades públicas. Es, en suma, una aplicación transversal de este concepto sobre toda la estructura del Estado, que no se limita únicamente al Poder Ejecutivo, pese a que éste sería, por excelencia, el principal “poder administrador”.

Este enfoque integral y transversal que abarca a más entidades externas al ejecutivo, es trascendental, pues, como indica Mónica Domínguez Martín, considerar como Administración pública sólo a aquellos sujetos que pueden ser calificados como Administración por formar parte del Poder ejecutivo, conduciría a excluir del sometimiento al Derecho público a los supuestos de actuación de la Administración con sujeción al Derecho privado¹⁸⁶ (como a algunas empresas del Estado).

Paréntesis especial merecen los supuestos de las personas jurídicas de origen y régimen privado que, por ejercer determinadas funciones administrativas en virtud de un título específico o por la misma naturaleza de su actividad, son comúnmente consideradas como parte de la Administración pública. Esta afirmación es la que se desprende de lo señalado en el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en el sentido de que son consideradas entidades de la Administración “(...) *Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado*”; y que está directamente relacionado con el objeto de estudio de la presente investigación.

Como veremos más adelante en el respectivo análisis sobre quiénes son considerados como auténticas entidades de la Administración (en función al análisis de la figura de la delegación administrativa), las personas jurídicas de origen y régimen privado, sean concesionarios de servicios públicos o ejercientes de funciones público-administrativas, no son verdaderas “entidades” de la Administración. El TUO de la LPAG crea una “ficción” jurídica para que las normas del derecho administrativo les sean aplicables a estas personas jurídicas privadas, mas no se configuran realmente como parte de la Administración¹⁸⁷. Como bien indica Abruña, *los entes jurídico-privados no son administraciones públicas, pese a que, por excepción, y previa habilitación legal, puedan ejercer por delegación potestades administrativas, actuando entonces a ciertos efectos como administraciones públicas*¹⁸⁸.

Ello, no obstante, no se constituye como un impedimento para que puedan realizar funciones administrativas, pues, como veremos, esta facultad depende de un título o mecanismo legal de

¹⁸⁵ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Op.Cit., pp. 114.

¹⁸⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. “Formas de Gestión indirecta de los servicios sanitarios y ‘privatización’ de la sanidad pública –especial referencia al plan de medidas de la comunidad de Madrid-”. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*. Madrid, N° 27, 2013, pp. 114.

¹⁸⁷ Cuando los privados ejercen funciones públicas o funciones administrativas, se les considera comúnmente como parte de la Administración pública de manera ficticia, pero ello no quiere decir que ingresen a formar parte de la estructura o cuerpo mismo de la Administración, es decir, de su estructura orgánica, sino que son tomadas como Administración pública única y exclusivamente para efectos de las actividades que realizan y para la aplicación de las normas recogidas en el TUO de la LPAG, pues al ejercer actividades incidencia pública y estar relacionadas a usuarios de servicios (en el caso de servicios públicos), es necesario que los administrados cuenten con mecanismos para tutelar y defender sus derechos en los términos de un procedimiento administrativo frente a dichas entidades privadas (he ahí el motivo de que se les considere así).

¹⁸⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Op.Cit., pp. 68.

traslación de tales funciones, y no específicamente por su carácter orgánico como parte de la Administración. Esto resalta el criterio según el cual la función administrativa, si bien es ejercida por la Administración pública, también se encuentra presente en otros ámbitos externos de manera contingente. No es la regla general, pero eventualmente se presentan estas circunstancias por factores de contexto político y económico, como es el mismo fomento de la prestación de servicios públicos por privados, o los mismos supuestos del EPCA a ser evaluados posteriormente.

En conclusión, podemos señalar que la Administración pública es el conjunto de personas, organizaciones o entidades públicas a cargo de la función administrativa del Estado. Así, cuando una entidad pública ejerce función administrativa, se entiende que conforma la Administración Pública.

2.2.2. Actividades de la Administración Pública

Si el propio contenido del concepto de Administración Pública resulta un tanto complejo, lo mismo sucede con las expresiones o manifestaciones de aquella sobre la actividad de los administrados. Es por ello que, a raíz de dicha complejidad de manifestaciones, la doctrina ha visto por bien subsumir sus distintas actuaciones o comportamientos en categorías teóricas debidamente definidas, o, en otras palabras, según el esquema de las “Actividades de la Administración”. A partir de la usual clasificación tripartita de la actividad administrativa en la esfera de los particulares (policía, fomento y servicio público), difundida por el catedrático español Luis Jordana de Pozas¹⁸⁹, se ha ido posteriormente perfilando una clasificación más amplia de las actividades de la Administración pública, acorde a la necesidad de los países industrializados.

En efecto, la referida clasificación tripartita no agota, hoy en día, las formas bajo las cuales se manifiesta la Administración, y por ello es que la doctrina ha planteado una clasificación más modernizada y diversa, que es la siguiente:

- Actividad de policía u ordenación
- Actividad de prestación
- Actividad de fomento
- Actividad de inspección
- Actividad de sanción
- Actividad arbitral o de solución de controversias

Las detallaremos de atrás para adelante. La actividad arbitral o de solución de controversias, es la manifestación de la Administración orientada a mediar entre los intereses y derechos de dos o más sujetos privados¹⁹⁰, con el fin de resolver las controversias suscitadas, que pueden también involucrar a otras entidades públicas. La actividad de sanción, o potestad sancionadora, es un campo de la disciplina del derecho administrativo tan extenso que fácilmente puede ser objeto de otras tesis y numerosos trabajos de investigación. Pese a ello, podemos dar algunas nociones básicas del contenido de esta actividad, sin perjuicio de caer en grandes omisiones de elaboración.

En este sentido, la actividad sancionadora del Estado está dirigida a identificar las eventuales contravenciones administrativas por parte de los particulares, para así determinar responsabilidades,

¹⁸⁹ JORDANA DE POZAS, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”. En: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, N° 48, 1949, pp. 42. Revisar también: REBOLLO PUIG, Manuel. “La actividad de limitación”. En: *Tomás Cano Campos (coord.) Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III. Vol. 2. Madrid: Iustel, 2009, pp. 13-15.

¹⁹⁰ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 374.

imponer sanciones de ser el caso, y desalentar con ello futuras y posibles acciones infractoras. Dicha actividad se vale de una serie de instrumentos legales, tales como las amonestaciones, las multas económicas, el decomiso de bienes, la cancelación de derechos, el cierre de locales, la prohibición de actividades, inhabilitación de derechos, entre otros. Esta actividad de sanción es diferente a la actividad de policía, en la medida en que toda norma y actividad sancionatoria presupone teóricamente una infracción o conducta antijurídica del destinatario de la sanción, lo que impide decir que se está limitando su derecho (como sucede en la actividad de policía): *no hay limitación jurídica allí donde hay conducta contraria a Derecho*¹⁹¹.

Por su parte, la actividad de inspección, o de supervisión y fiscalización, se refiere a las formas de intervención sobre los administrados destinada a comprobar si, en una determinada actividad de los particulares, se cumple con los deberes legales impuestos por el ordenamiento jurídico. Del resultado de la actividad de inspección, puede derivar correspondientemente la aplicación de una sanción ante un eventual incumplimiento de las obligaciones legales expresamente tipificadas, ingresando con ello a los ámbitos de la actividad sancionadora.

Ahora, la actividad de fomento, o incentivadora, hace referencia a las formas de acción pública destinadas a ayudar o beneficiar a determinados sujetos privados, con el fin de promover o proteger sus actividades legítimas a la vez que éstas conducen la satisfacción de intereses colectivos. El fomento es la actividad administrativa dirigida a conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la auto-ordenación de la actividad privada en función de fines y objetivos de interés público fijados por la Administración¹⁹². Se trata pues de una actividad de estímulo, mediante diversos premios o apoyos, al ejercicio de la actividad privada para orientarla al cumplimiento de determinados fines de interés general¹⁹³, y que pueden ser de tres tipos: fomentos jurídicos, fomentos económicos, y fomentos honoríficos.

La Actividad de prestación es la típica actividad de servicio público, o para entenderlo mejor, los servicios públicos, como los conocemos, son expresión de la actividad prestacional del Estado (ya sea como directo prestador, o como un garante de los mismos). Se trata de aquella actividad en la cual la Administración ingresa en la esfera económica para realizar la prestación técnica de algún servicio o bien público, y que sea de la necesidad y satisfacción de la colectividad.

La actividad prestacional no precisa necesariamente la actuación administrativa investida de *imperium* y revestida de autoridad. Constituiría más bien un variado complejo de acciones de dación de asistencia y cobertura frente a contingencias vitales, servicios o bienes¹⁹⁴. Sobre esto último, ¿debemos entender que la actividad prestacional o el servicio público en sí mismo es también función ejecutiva – administrativa? Como se verá, la actividad que realiza, principalmente el Poder Ejecutivo, y específicamente, la Administración Pública, es la *Actividad Administrativa*, la cual puede ser jurídica o material. Se dice, cuando la actividad administrativa es jurídica, es llamada función administrativa, y cuando es material, actividad prestacional¹⁹⁵. No obstante, hay ciertas imprecisiones en dicho enunciado que deberán ser mejor esclarecidos en las secciones correspondientes.

¹⁹¹ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 373.

¹⁹² PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, pp. 413.

¹⁹³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., 1992, pp. 371.

¹⁹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pp. 409.

¹⁹⁵ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. “La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos”. En: *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía – Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, N° 41, 2014, pp. 53-59.

Finalmente, está la actividad de policía administrativa, o actividad de ordenación, o poder de policía, dependiendo el término que prefiera usarse, toda vez que se trata de denominaciones que transmiten la misma idea y concepto. Esta actividad nos interesa de manera especial, en la medida en que su objeto está en cierta forma vinculado con la materia de la presente investigación. Cabe señalar, como comentario aparte, que todas estas actividades de la Administración se manifiestan sin excluirse una con otra. Y es que en virtud del *Principio de Intercambiabilidad de las Técnicas de Intervención Administrativa*¹⁹⁶, no existe una exclusión entre las formas de intervención, de tal manera que será frecuente encontrar situaciones en las que varias actividades se realicen conjuntamente para alcanzar un mismo fin público.

2.2.3. Las funciones involucradas en la actividad de policía administrativa

La actividad de ordenación o de policía hace referencia a una serie de acciones de la Administración destinadas a vigilar, limitar y ordenar la actividad de los particulares, bajo medios y facultades de coacción o habilitación, para atender a la protección de bienes jurídicos de interés público y seguridad de la colectividad. Esta intervención en la actividad de los particulares se legitima por la necesidad de atender un bien jurídico superior, que es el interés público. Esta exigencia es reconocida tanto en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹⁷, el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁹⁸, así como en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993,¹⁹⁹ de manera general.

Existen, a su vez, diferentes manifestaciones de la actividad de ordenación, como pueden ser la ordenación sobre la organización empresarial (evitar concentraciones), ordenación de la localización de actividades (zonificación, urbanismo), ordenación en los procesos de producción (controles de calidad), entre otras. Adicionalmente, coincidimos con Gordillo²⁰⁰ en señalar que la Administración no puede, bajo ningún motivo, ampararse en el concepto abstracto (y tan criticado) de “poder de policía” para justificar cualquier tipo de intervención sobre las libertades de los administrados. Solo por ley se puede intervenir en los derechos de las personas, y ello constituye una estricta sujeción al principio de legalidad que rige el actuar de la Administración pública, en virtud de los literales a) y b)

¹⁹⁶ VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y Actividad de los particulares*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, pp. 40-41; y VILLAR PALASÍ, José Luis. “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”. En: *Revista de Administración Pública – RAP*. Madrid, N° 14, 1954, pp. 58.

¹⁹⁷ Artículo 32.- (...)

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

¹⁹⁸ Artículo 29.-

1.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

¹⁹⁹ Artículo 59. - El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

²⁰⁰ En la medida en que no existe hoy en día una noción autónoma y suficiente de poder de policía, debido a la ampliación y distribución de este concepto en toda la actividad estatal, resulta errado fundar una limitación a un derecho individual tan solo a ese concepto de policía, pues él a su vez es inexacto. La limitación deberá entonces fundarse siempre en las disposiciones legales o constituciones y demás principios jurídicos aplicables, y no en la noción de poder de policía. En: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado*. 4° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, V-12.

del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución²⁰¹, y de manera más específica, en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG²⁰².

Sin embargo, aunque parezca sencilla la descripción de esta forma de actividad administrativa, su complejidad es bastante profusa. ¿A qué se refiere la actividad de policía²⁰³, o también denominado poder de policía? ¿Es lo mismo que la función pública, o el servicio público? No son pocas las descripciones doctrinales que se han hecho al respecto, tanto así que éstas llegan a ser sumamente variadas, y quizá, imprecisas. Citaremos algunas para darnos una idea inicial.

El jurista alemán, Otto Mayer, señaló que la “policía” es la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar²⁰⁴. Asimismo, Parada Vázquez indica que el poder de policía es una actividad que restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares²⁰⁵. Fabián Omar Canda, en la misma línea, señala que el poder de policía es la actividad de restricción y limitación de los derechos individuales por razones de bien común²⁰⁶; y de acuerdo a Parejo Alfonso, dicho concepto haría referencia a una incidencia negativa en la esfera jurídica de los ciudadanos, que encuentra su justificación en la necesidad de la articulación o coordinación de la actividad privada con el interés público, o con los derechos legítimos de otros administrados²⁰⁷.

Por su parte, Álvarez-Gendín señala que la policía es la actividad del Estado encargada de velar por el orden público²⁰⁸. Y para Bielsa, la policía administrativa es la acción directa que el Estado realiza para proteger, preventiva y represivamente, la integridad física de las personas y de las cosas, en el orden moral y de la economía pública en lo que pueda afectar inmediatamente a las primeras²⁰⁹. El referido autor describe que la “policía”, en su acepción más amplia, como función, significa ejercicio de poder público sobre hombres y cosas, realizado con el fin de defensa interior o de orden interno. En el sentido estricto, o acepción reducida del Derecho administrativo, el concepto de policía administrativa designaría al conjunto de servicios organizados por la Administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas²¹⁰.

²⁰¹ Artículo 2. - Toda persona tiene derecho:

(...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)

²⁰² Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²⁰³ Algunos autores diferencian la noción de actividad de policía respecto el poder de policía. Así, Omar Canda indica que la actividad de policía sería la ejecución, por parte de la Administración, de las restricciones y limitaciones a los derechos de los particulares en ejercicio del poder de policía. Es decir, el poder de policía sería la facultad y habilitación constitucional de la Administración para limitar (compatibilizar) derechos, y la actividad sería la aplicación directa, práctica y real de las medidas limitativas que el poder de policía faculta a realizar. Revisar: CANDA, Fabián Omar. “Régimen jurídico de la actividad de policía”. En: *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003, pp. 03.

²⁰⁴ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo II, Parte Especial, 2° ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, pp. 08.

²⁰⁵ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 371.

²⁰⁶ CANDA, Fabián Omar. Loc.Cit.

²⁰⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pp. 398.

²⁰⁸ ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1958, pp. 434.

²⁰⁹ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo IV, 6° ed. Buenos Aires: La Ley, 1965, pp. 02.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 01.

Ahora, la denominación de esta actividad suele generar confusiones²¹¹, en la medida en que muchos no saben si es conveniente señalar el término “policía”²¹² como un sinónimo del referido concepto de actividad de ordenación. Por ejemplo, Gordillo, con quien coincidimos enteramente respecto a esta temática, plantea que debería eliminarse la referencia a una noción de “policía” en la actividad limitativa del Estado. Según este autor, la “policía” o el “poder de policía” no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones estatales, y así como no puede confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, tampoco debe confundírsele con los servicios públicos que éste presta de manera directa o indirecta. Y es que *el poder de policía es una facultad o atribución del Estado, que entre otras cosas, limita y controla ese poder monopolístico que ostentan los concesionarios de servicios públicos*²¹³, pero no por ello tienen identidad uno con el otro.

Así, en la vieja noción liberal²¹⁴ del poder de policía, que se caracterizaba por estar únicamente destinada a salvaguardar tres casos o supuestos específicos (la seguridad, la salubridad y la moralidad pública), la acción estatal debía ser tan solo negativa: establecer prohibiciones y restricciones, pero no obligaciones positivas a cargo de los ciudadanos o del Estado mismo²¹⁵. Posteriormente, se fue ampliado dicho concepto estricto de policía. Se ampliaron los fines del Estado que legitiman su intervención, y a esta ampliación de supuestos le correspondió que se deje de lado la referencia tripartita de la noción liberal, que se ceñía únicamente a los ámbitos de seguridad, salubridad y moralidad pública, para hacer referencia a conceptos más genéricos que engloben una serie de supuestos, como el “orden público”, el “bien común” y el “buen orden de la comunidad”²¹⁶.

Con ello se abandona no solo la limitación de los fines del poder de policía, sino que también se abandona la distinción entre la actividad de “prevenir peligros”, que sería la típica función policial en estricto, y la de “promover el bien común”, acción dejada de lado según la concepción liberal. Se entiende que prevenir el daño y promover el bienestar son acciones inseparables, pues: *es ilógico considerar que prevenir o reprimir peligros no sea crear o promover el orden*²¹⁷. Promoción del bien²¹⁸ y prevención

²¹¹ Así, Ramón Parada menciona que el concepto de policía comenzó siendo en el Derecho público un sinónimo de la total actividad del Estado, comprendiendo, incluso, las funciones legislativas y judiciales, aparte de las gubernamentales y administrativas. En: PARADA, José Ramón. Op.Cit., pp. 381.

²¹² Incluso se han generado ciertas disyuntivas respecto a la conveniencia de separar el concepto de “policía” del de “poder de policía”. Al respecto, Gordillo realiza una crítica a la separación conceptual hecha por Villegas Basavilbaso, quien señaló que la “policía” era una actividad de la administración pública destinada a tutelar únicamente la seguridad, moralidad, salubridad y economía (en cuanto afecte directamente a la primera), mientras que el “poder de policía” era una actividad legislativa, con un objeto más amplio destinado a tutelar el bienestar colectivo en general; en otras palabras, el objeto de la policía estaría limitado a la tetralogía seguridad, salubridad, moralidad y economía; mientras que el objeto del “poder de policía” sería más amplio, comprendiendo todo el bienestar colectivo en general. Formulación errónea, según Gordillo, en la medida en que el objeto del concepto de “policía” necesariamente engloba el bienestar colectivo general, sin hacer distinciones: no es posible referirse a la actividad administrativa de policía sin referirse también al bienestar colectivo. En: GORDILLO, Agustín. Op.Cit., V-16.

²¹³ *Ibidem*, V-02 – V-04.

²¹⁴ Desde la edad antigua hasta el siglo XV, “policía” designaba el total de las actividades estatales. En el siglo XI se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales, y en el siglo XVIII, diferentes restricciones hacen que estén excluidas también la justicia y las finanzas. A dicho punto, la policía era entonces el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente, pero se advierte ya que es una función del Estado y concretamente una parte de la función ejecutiva. Mediante esta concepción liberal, se redujo el campo en que podía actuar la Administración, y nació el concepto de que la esencia de la policía era única y exclusivamente la lucha contra los peligros realizada mediante el poder coaccionador. En: *Ibidem*, V-05.

²¹⁵ *Ibidem*, V-07.

²¹⁶ En el siglo XX los casos que justificaban la intervención mediante el poder de policía se multiplican, para abarcar también supuestos como: la tranquilidad pública, la confianza pública, la economía pública, la estética pública, el decoro público, la seguridad social, protección de minoridades, la diversión y entretenimiento público, la libertad de tránsito, etc. Todo ello implica un abandono de la concepción liberal rígida. En: *Ibidem*, V-07 – V-10.

²¹⁷ *Ibidem*, V-10 – V-11.

²¹⁸ Ejemplos: obligación de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios; son, en suma, actuaciones positivas.

de peligros y riesgos que afecten el bien común no son términos disímiles o antitéticos: ambos son exactamente lo mismo

El poder de policía es, entonces, limitación y promoción, conceptos aunados en la noción más exacta de “compatibilización” de intereses. Las primeras actividades que justificaban el actuar del poder de policía (seguridad, salubridad y moralidad), ejercido a través de la función policial de tutela del orden público, dejó de ser el elemento exclusivo de esta actividad. La mera limitación de derechos y libertades no resulta una justificación suficiente si no que va de la mano con la efectiva promoción del bienestar público, actuación positiva, pues, al fin y al cabo, dichas limitaciones están destinadas a un resultado también positivo, que es el bienestar de todos.

Por ello, es correcto mencionar como dijimos al inicio, que la actividad de ordenación o poder de policía (acepción que pese a las críticas terminológicas se sigue utilizando en el lenguaje administrativo) constituye una serie de acciones de la Administración destinadas a vigilar, limitar y ordenar la actividad de los particulares, bajo medios y facultades de coacción, para hacerlas compatibles con la tutela de distintos intereses públicos y bienes jurídicos relevantes para la colectividad. En este sentido, la idea de que la “policía” solo haría referencia a la facultad del Estado de imponer orden mediante el uso de la fuerza, a través de la institución policial y las fuerzas del orden interno, es una concepción ya en desuso y vinculada más a la antigua noción liberal del poder de policía, noción hoy en día ya superada.

Al respecto, señala Bermejo Vera:

El concepto de policía es proteico, variable en el tiempo y en el espacio, pues por actividad de policía se ha entendido cualquier actividad administrativa de carácter material, la actividad administrativa mucho más estricta de defensa o protección del orden público, y la actividad administrativa de orden jurídico. Es posible, en consecuencia, que en el lenguaje coloquial se pueda confundir un modo de actuación de las Administraciones públicas en virtud del poder de policía, con uno de sus aspectos específicos, como el de la concreta preservación de la seguridad pública.²¹⁹

El poder de policía no es sinónimo de la acción policial ejercida por las fuerzas del orden o cuerpos de seguridad interna (como sería en nuestro caso, la labor ejercida por la Policía Nacional del Perú – PNP de acuerdo a sus normas correspondientes – Decreto Legislativo N° 1267), sino que es un complejo de actuaciones administrativas que superan esta estricta concepción, para adentrarse en diferentes formas de intervención de la administración en la actividad privada para hacerla compatible con el interés público. Esta compatibilización se logra mediante herramientas limitadoras y promotoras, que buscan la tutela de una serie de intereses como la seguridad, salubridad, moralidad, y muchas otras más. Sin embargo, el hecho de que el poder de policía no sea sinónimo de acción policial (como la PNP), no quiere decir que ésta no forme parte del concepto de “policía administrativa”.

Una cosa es decir que el poder de policía no debe limitarse a una especie determinada, y otra distinta es decir que ésta especie no forme parte del concepto genérico de poder de policía. La acción policial fue un elemento principal en la primera construcción del concepto de policía administrativa, de su origen, y por lo mismo no ha dejado de forma parte de él, pese a que hoy en día nos enfoquemos mucho más en el alcance económico del referido concepto. Así, de acuerdo a Esteve Pardo, *la policía administrativa es una actividad de la Administración que desde sus orígenes se encontró orientada al mantenimiento*

²¹⁹ BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo*. Parte Especial. 7° ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009, pp. 52.

del orden público (o a su restablecimiento en el caso de que resultase alterado), y es posteriormente que esta noción de “orden público” se expande a ámbitos diversos como son, fundamentalmente, el mantenimiento de la seguridad y el orden público económico²²⁰.

Por lo tanto, la seguridad ciudadana a través de las fuerzas del orden, manifestación de la actividad de policía, es tan solo una parte²²¹, aunque importante, de la actividad limitativa o de limitación²²² que las Administraciones llevan a cabo de acuerdo con las leyes, y que tiene por objeto la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades por medio de la vigilancia del cumplimiento de las normas. Una adecuada conceptualización del poder de policía aconseja superar esta noción estricta, aunque de extraordinaria importancia²²³, y optar por una noción más amplia, que no desconozca ésta última función, pero que sí englobe una serie de supuestos adicionales y de igual relevancia, que deben buscarse a través de la utilización de herramientas tanto limitativas (negativas) como promotoras (positivas).

Quisiéramos precisar también, y brevemente, la relación existente entre “poder de policía” y “función pública”, pues no sería descabellado encontrar justificadas confusiones entre un término y otro en la disciplina del derecho público. O que se señale que toda función pública es una manifestación del poder de policía, y viceversa. De entrada, podemos identificar supuestos de funciones públicas (ejercidas por privados) que son auténticas expresiones de la actividad de policía administrativa. Utilizando los ejemplos señalados al inicio del Primer Capítulo (y que se utilizarán de forma transversal en toda la investigación), tenemos que:

La actividad de Inspección Técnica de Vehículos (ITV), regulada por Ley N° 29237 y su reglamento aprobado por D.S. N° 025-2008-MTC, establece la obligatoriedad de que todos los automóviles cuenten con revisión técnica a nivel nacional, la cual constituye un presupuesto técnico y legal para que los administrados estén habilitados para conducir sus automóviles. Se trata de una auténtica función pública de autoridad, jurídicamente vinculante, de responsabilidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (aunque ejercida por empresas privadas).

La ITV, a su vez, constituye una clara expresión de la actividad de policía administrativa, toda vez que su naturaleza es de tipo “autorizadora, habilitadora”, y por ello supone una intervención ordenadora sobre los bienes de los administrados, con el fin de compatibilizar el libre uso de los automóviles con la salud y seguridad de la población en general. También está el caso de las empresas privadas que ejercen las funciones de supervisión o fiscalización en el sector eléctrico, reguladas por el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD, y la Directiva para la Selección y

²²⁰ ESTEVE PARDO, José. Op.Cit., pp. 356.

²²¹ La actividad de policía, en su acepción contemporánea, está orientada a la ordenación y limitación de derechos de los particulares para hacerlos compatibles con el interés público. La compatibilización es entonces su componente principal, por lo que no estaría mal referirnos a una “actividad de compatibilización” para referirnos al contenido mismo del poder de policía. Más que un poder de prohibición, la actividad de policía sería entonces un poder de “compatibilización”, que armoniza las herramientas de limitación y promoción al mismo tiempo. La actividad de policía, en este sentido, es también una aplicación material de los deberes de vigilancia de los espacios públicos para prevenir la comisión de delitos e infracciones administrativas, con el fin de mantener el orden público, para lo cual, en efecto, se cuenta con facultades coactivas y herramientas para el uso de la fuerza destinadas a corregir conductas antijurídicas y restablecer la legalidad (medidas correctivas). Las fuerzas o cuerpos de policía, sin más, son una expresión del poder de policía administrativa. Su conducción está subjetivamente en manos de la Administración Pública, y en nuestro caso, específicamente en manos de una entidad del Poder Ejecutivo que es el Ministerio del Interior; y su contenido objetivo es el propio del poder de ordenación, destinado a preservar y garantizar el orden público.

²²² BERMEJO VERA, José. Op.Cit., pp. 53.

²²³ Ídem.

Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD.

De la misma manera, la actividad penitenciaria, el régimen penitenciario, es una función pública del Estado, compuesta por normas como la Ley N° 29809 (LOF del MINJUS), D.S. N° 009-2007-JUS (ROF del INPE), Decreto Legislativo N° 674 (Código de Ejecución Penal), entre otras; destinada a mantener el orden público y seguridad de las personas a través de la reclusión de agentes peligrosos, para prevenir la comisión de nuevos delitos e intentar resocializar a los internos para conseguir una sociedad más segura, en aplicación de las políticas públicas sobre esta materia. A su vez, en la medida en que dichas labores corresponden a una búsqueda del orden y seguridad pública, es correcto afirmar que la referida actividad penitenciaria se corresponde a la actividad administrativa de ordenación o policía, y con ello, una clara muestra del poder de policía administrativa.

En este sentido, tenemos que la “policía” es función pública en la medida en que la administración actúa investida de una potestad especial sobre los particulares, quienes están sujetos a realizar prestaciones personales o incluso pecuniarias a favor del Estado, o a soportar reglamentaciones limitativas de su actividad individual²²⁴. No obstante, no toda función pública es una muestra del poder de policía. Por ejemplo, la potestad sancionadora de la Administración es una clara muestra de función pública, ejercicio de autoridad por parte de un organismo competente asignado por ley²²⁵, y que atiende a un interés público (tutela del orden jurídico).

Sin embargo, la potestad sancionadora no es expresión, ni es igual a la potestad ordenadora, o mejor dicho, al poder de policía. La actividad sancionadora de la Administración, si bien es función pública, no es actividad ordenadora o poder de policía, y por ello debemos entender que las funciones públicas y el poder de policía estarán muy relacionados, pero deberá evitarse confundir a un concepto con el otro: todo poder de policía es función pública, pero no toda función pública es poder de policía.

Por lo tanto, las diferentes expresiones que toma el poder de policía serán reflejo del ejercicio de una función pública²²⁶, pero que no toda función pública se concretizará en una actividad de policía, pues, como bien indica Fiorini, la policía es siempre función²²⁷, y no viceversa. Ahora, corresponde evaluar a detenimiento los conceptos y elementos involucrados en la noción misma de función pública, para luego adentrarnos en su aplicación en la figura del EPCA.

2.3. Sobre las Funciones públicas

Nos toca en el presente apartado analizar un elemento clave de la construcción teórica que venimos haciendo, el cual es se refiere a la “Función Pública”. El EPCA se constituye principalmente por la presencia de dicho elemento, y para poder dar una propuesta concisa sobre la forma bajo la cual

²²⁴ DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo III, 2° ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1979, pp. 339.

²²⁵ TUO de la LPAG: (...)

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

²²⁶ Así, por ejemplo, se ha dicho en lo referido a la actividad de inspección administrativa, que es unánime la consideración de la actividad de inspección como técnica de control, y en general, como actividad administrativa de policía y, por consiguiente, su definición como función pública que conlleva el ejercicio de la autoridad. En: CANALS I AMETLLER, Dolors. “El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración”. *Coord. Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero*. Barcelona: Editorial Huygens, 2010, pp.27.

²²⁷ FIORINI, Bartolomé. *Poder de Policía*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1957, pp. 13-14.

debería manifestarse una transferencia de funciones estatales a la esfera de ejercicio privada, deberemos tener en claro qué es lo que efectivamente se podría trasladar con ello. Hemos cuestionado la posibilidad teórica de que los particulares participen en los asuntos de incidencia pública desde un plano de cooperación, dando una respuesta favorable a dicha interrogante en virtud de los argumentos esgrimidos con anterioridad. Es el turno, entonces, de evaluar si nuestro ordenamiento permite la concretización de dicha idea a través de una fórmula legal debidamente reconocida.

En este sentido, e independientemente de las causas que impulsan la cooperación entre Estado y privados para la realización de ciertas actividades (aspecto evaluado en el capítulo anterior) nos corresponde evaluar si dicha formulación es posible legalmente, y de serlo, verificar qué es exactamente lo que se transfiere al privado, y bajo qué mecanismo debería plasmarse dicho traslado de funciones. Debemos advertir que, al referirnos a la noción de “función pública”, nos estamos circunscribiendo exclusivamente al ámbito de las actuaciones de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa de manera principal, como se verá más adelante.

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

Es cierto que con Administración Pública nos referimos a entes que también forman parte de los otros Sujeto-Poderes del Estado, pero la noción de función pública a la que queremos hacer referencia es una que se desprende de los supuestos en los que los entes de la Administración realizan funciones administrativas de forme *principal* y no complementaria, de modo que se trata del actuar proveniente de quienes realizan actividad administrativa (material, jurídica) de manera principal, y que son, adelantando opinión:

- Entes del Poder Ejecutivo;
- Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales; y,
- Algunos organismos constitucionales autónomos.

En este sentido, la denominación ambigua de “función pública”, como referencia a cualquier actuación de funcionarios o en general de sujetos ligados al Estado debe ser descartada de antemano, toda vez que nuestra investigación gira únicamente en relación a las funciones administrativas *principales* (como se verá más adelante) y dentro de estas, adelantando opinión, a una especie específica de funciones administrativas que son las que se valen de auténticas potestades públicas, conocidas como “funciones públicas” de la Administración.

Por lo tanto, en las siguientes secciones se hará una revisión del contenido mismo de las funciones públicas (desde el concepto mismo de funciones administrativas) que, en virtud de nuestra construcción teórica, podrían ejercer los particulares en colaboración con la Administración. No obstante, antes de dar una definición específica de lo que entendemos por dicho concepto, será necesario comprender dentro de qué género de funciones se encuadra, para lo cual deberemos revisar las nociones involucradas en las funciones del Estado de manera general.

2.3.1. Sobre las funciones estatales en general

Anteriormente, cuando revisamos el concepto de Administración pública, hicimos referencia a que la teoría de la tripartición de poderes fue contemporáneamente precisada por la doctrina, la cual indicó que el poder del Estado no podía ser ternario (un poder dividido en tres) sino que éste es sólo uno: un poder indivisible que emana del pueblo²²⁸. Se precisó, a partir de ello, que lo que sí se dividía dentro de la composición del Estado eran las funciones. El calificativo “Poder”, entonces, se mantiene hoy en día para hacer referencia al ente o sujeto (como, por ejemplo, el Poder Judicial) y no ya para describir un “poder” diferente o separado de otros, pues el “poder” del Estado es uno solo.

Asimismo, esta premisa dio a entender, en un inicio y de manera errónea, que cada función estaba estrictamente ligada a un sujeto “poder”, pero, como vimos, esta afirmación no era del todo precisa, en la medida en que, si bien cada sujeto estatal (ejecutivo, legislativo y judicial) tiene una función por excelencia, las funciones pueden igualmente ser compartidas (aunque en menor medida) por los distintos sujetos estatales, en virtud del *Principio del ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado*²²⁹. Estas funciones que se desprenden del poder único del Estado, de su soberanía como tal, evidentemente reciben el calificativo de “funciones estatales”. El poder del Estado es uno, y tres son sus funciones; si estas son las funciones del Estado, indudablemente deben ser denominadas como “funciones estatales”, sin mayor complejidad lógica de por medio.

Las funciones del Estado, o las funciones estatales, son entonces, las funciones derivadas de la soberanía misma del Estado, y que en virtud de nuestro marco constitucional están orientadas en tres rubros debidamente reconocidos: la función legislativa, la función jurisdiccional, y la función ejecutiva, las cuales se corresponden por excelencia, mas no de manera exclusiva, a los sujetos estatales (“poderes”), que son el Poder Legislativo, el Poder Judicial, y el Poder Ejecutivo, respectivamente²³⁰.

Ahora, cabe preguntarnos qué son precisamente las funciones estatales. Las funciones²³¹ estatales son un conjunto de actividades precisas, necesarias, permanentes, afines y coordinadas que se desarrollan para alcanzar determinados objetivos. Las funciones estatales representan las razones principales para la existencia del Estado. En este sentido, dichas funciones se desprenden de los objetivos que dan origen y razón de *ser* al Estado mismo²³². Así, toda función estatal implicará una serie de actividades del Estado, que van desde las actividades o funciones estrictamente esenciales e indelegables²³³ (por ser justificación misma de la existencia del Estado), hasta incluso funciones de

²²⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 187.

²²⁹ BREWER-CARÍAS, Allan. Op.Cit., pp. 71.

²³⁰ Cada una de estas funciones estatales, como bien señala Boquera Oliver, reúne singulares características objetivas. La ley es general, la sentencia es acto singular e imparcial, y la actividad administrativa o ejecutiva es concreta, parcial y de grado inferior a la política, la cual es una decisión importante por afectar a toda la comunidad. En: BOQUERA OLIVER, José María. “Criterio Conceptual del Derecho Administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 42, 1963, pp. 122.

²³¹ Partamos de lo que es la “función” como elemento aislado. La palabra “función” viene del latín *functio*, y que tiene su origen en el verbo *fungi*. Este último, significa “cumplir, ejecutar o desempeñar”, con lo que el vocablo *functio* haría referencia al ejercicio de una facultad o cumplimiento de un deber. La “función”, desde una visión amplia, es una capacidad de actuar, propia de los seres vivos, de las máquinas o de los instrumentos. Pero desde una visión más reducida, vinculada a los actuantes públicos, sería también una tarea que le corresponde realizar a una institución o entidad. Así, desde una óptica más cercana a la jurídica, la “función” implicaría ya de por sí una efectiva capacidad de actuación, pero teñida de deberes que deben ser ejercidos por un determinado organismo o entidad. Esta visión de las funciones desde su vertiente pública, jurídica, es la que tenemos que delimitar para su correspondiente análisis, tratándose entonces de no cualquier tipo de “función”, sino específicamente de las “funciones estatales” de los países soberanos. Revisar: DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 479; Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=IbQKTYT>.

²³² GARCÍA TOMA, Víctor. Op.Cit., pp. 220.

²³³ Como bien señala Sayagués Laso, las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad como tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo. Por ejemplo, las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en el interior, la impartición de justicia y la legislación nacional. Tales funciones del Estado

corte netamente material y logístico. Mediante esta referencia, queremos señalar que las funciones estatales no tienen una expresión unívoca o específica, sino que se manifiestan en una serie de actividades o funciones que justifican la existencia misma del estado, y que tiene como fin último la tutela de la vida del hombre en sociedad.

Este enunciado de “funciones estatales” resulta entonces un concepto genérico que engloba a todas esas tareas que realiza el Estado *por estar en obligación de*²³⁴. Entendemos entonces que la función estatal es el género, y las funciones legislativa, jurisdiccional y ejecutiva son la especie. Incluso, la función ejecutiva termina siendo un género de otras “sub-funciones” (como la gubernativa), de tal manera que se debe ser muy cuidadoso al momento de plantear la delimitación de cada función específica.

Ahora, ¿qué señala doctrina respecto al concepto de función estatal? Para Dromi *las funciones del poder, o funciones estatales, son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado*. Es decir, son los distintos modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos²³⁵. Asimismo, Bielsa señala que las funciones estatales *son la actuación de la voluntad del Estado dirigida a la consecución de sus fines, los cuales son de interés para la sociedad*²³⁶.

Por su parte, Cassagne indica que las funciones del Estado, o funciones estatales, pueden clasificarse desde un punto de vista material en: administrativa (*actividad permanente, concreta, práctica e inmediata*), legislativa (*actividad que consiste en el dictado de normas generales obligatorias*) y jurisdiccional (*actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal*). Las tres funciones, señala, deben perseguir siempre y de manera primordial la realización del bien común²³⁷. Más adelante veremos por qué consideramos que la función ejecutiva no es lo mismo que la función administrativa.

Para Brewer-Carías, las funciones estatales son sólo *las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal, sin que estén atribuidas de forma exclusiva a los órganos del Estado*²³⁸. Sayagués Laso, por su parte, indica que las funciones estatales son *los actos jurídicos y operaciones materiales mediante los cuales, y en*

deben estar siempre a cargo de éste y no puede concebirse que sean encomendadas a particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indelegables. Esos cometidos son inherentes al Estado y deben ser ejecutados por él mismo, en forma directa. En: SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Montevideo: Talleres Gráficos Martín Bianchi Altuna, 1953, pp. 56.

²³⁴ Por ello, y como dijimos anteriormente, dentro de dicho concepto genérico encontraremos funciones de diferentes tipos, como la Función Ejecutiva, la Función Legislativa, y la Función Jurisdiccional. Estas tres funciones (o poderes según la estricta denominación), junto con los gobiernos regionales, locales, y otros organismos, son las que conforman la estructura orgánica del Estado. Teniendo como premisa la estructura interna de nuestro país, podemos señalar que la función jurisdiccional (o Poder judicial) es la encargada de solucionar los conflictos legales de los ciudadanos e impartir justicia en el país a través de sus diferentes órganos jurisdiccionales (artículo 138 y ss. de la Constitución y artículo 25 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS). Por su parte, el Poder legislativo o función legislativa recae orgánicamente en el Congreso de la República, el cual es el órgano del Estado que encarna el poder constituido, y se encarga de la creación, modificación o extinción de leyes de alcance político, así como del control político, entre otras tareas (artículo 102 de la Constitución y artículo 2 del Reglamento del Congreso de la República). Y la función ejecutiva (o Poder ejecutivo), encabezada por el Presidente de la República y los Ministros del Estado, se encarga de la dirección política del Estado, así como de la ejecución de las decisiones adoptadas por las autoridades correspondientes para la administración de todos los ámbitos de desenvolvimiento de los ciudadanos. En este sentido, esta función se encarga de la planificación, dirección y ejecución de las políticas sectoriales de incidencia pública a través de una serie de organismos públicos (artículo 110 y ss. de la Constitución y artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada por Ley N° 29158). Y dentro de la Función Ejecutiva, por ejemplo, podemos delimitar aún más el campo funcional, para hacer con ello una referencia teórica de la Función gubernativa, la Función pública y la Función administrativa, que si bien muchas veces han sido conceptos utilizados alternativamente, al punto de llegar a ser considerados como intercambiables, tienen diferencias importantes que no se reducen a simples conceptualizaciones terminológicas, sino que trascienden en el plano práctico como veremos en adelante.

²³⁵ DROMI, Roberto. Op.Cit., pp. 186.

²³⁶ BIELSA, Rafael. Op.Cit., pp. 179-180.

²³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra, 2010, pp. 102.

²³⁸ BREWER-CARIAS, Allan. Op.Cit., pp. 73.

*virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece, el Estado se procura la realización de sus fines*²³⁹. De otro lado, Fernández Ruiz señala que la función estatal es explicada como *la capacidad del Estado para imponer su voluntad, con, sin y aún contra la voluntad concurrente de sus destinatarios, o sea de la población estatal, para lograr sus fines y objetivos*²⁴⁰. Por ello, las funciones del poder o del Estado serían las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora de éste.

Schmidt-Assmann, por su parte, indica que las funciones estatales *son aquellas funciones públicas que son desempeñadas por los poderes públicos. Por consiguiente, no todas las funciones públicas son funciones del Estado*, y a su vez, indica que las funciones públicas *son aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas*²⁴¹. En la misma línea, el profesor Zegarra Valdivia, quien indica que *el ejercicio de poderes del Estado a través del aparato administrativo tiene su expresión en las denominadas funciones públicas, funciones del Estado y funciones administrativa*; coincide también con Schmidt-Assmann, en el sentido de que considera a las funciones estatales como las funciones públicas que ejercen los poderes públicos, advirtiendo de igual manera que no todas las funciones públicas encajarían en la concepción de funciones estatales²⁴².

Al respecto, es preciso señalar que no coincidimos del todo con algunos de los últimos planteamientos. Y es que, desde nuestra opinión, las funciones estatales no son siempre funciones públicas (en los términos descritos al inicio de esta sección), toda vez que aquellas tienen una noción mucho más amplia que engloba una serie de funciones específicas, dentro de las cuales se encuentran, precisamente, las funciones públicas. Las funciones del Estado son principalmente²⁴³ tres: jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. No obstante, dejamos de lado el análisis sobre las funciones jurisdiccional y legislativa, toda vez que no es objeto de esta investigación interiorizar sobre estas actividades.

Entonces, enfocándonos en la función ejecutiva, función del Poder Ejecutivo, podemos advertir que ésta es una categoría de la cual, incluso, se desprenden otro tipo de funciones aún más específicas y doctrinalmente reconocidas. En efecto, se ha reconocido que dentro la función ejecutiva podemos identificar, específicamente, a la función administrativa y función gubernativa (y dentro de la administrativa, como se verá, a la *función pública*). Constituye un error considerar que la función ejecutiva es otra forma de denominar a la función administrativa, cual términos intercambiables. De ninguna manera debe identificarse función ejecutiva con función administrativa, cual sinónimos, toda vez que la función administrativa es una función que, precisamente, se desprende del género de la función ejecutiva, pero que, no obstante, no se limita a dicho ámbito.

Como bien señala Álvarez-Gendín, las funciones ejecutivas no son sinónimas de las administrativas, en la medida en que la función ejecutiva se puede descomponer en dos clases de funciones, que son la gubernativa o política, y la administrativa²⁴⁴. En la misma línea, Isasi Cayo advierte que no toda la

²³⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 34.

²⁴⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo y Administración Pública*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, 2006, pp. 50.

²⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, pp. 168-169.

²⁴² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “El Ejercicio de Funciones Administrativas y el Principio de Subsidiariedad”. En: *Aportes para un Estado Eficiente: V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2012, pp. 432.

²⁴³ Algunos indican que existiría, a la par de dichas funciones, otras como la Función Electoral, Monetaria, entre otras. No obstante, ello dependerá de la concepción que cada autor maneje en torno a la naturaleza de estas funciones y su posibilidad de plantearlas separadamente de las tres principales.

²⁴⁴ ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. Op.Cit., pp. 40.

actividad del Poder Ejecutivo consiste en ejercer funciones administrativas, toda vez que la función ejecutiva comprende también la función política o de gobierno²⁴⁵. Siendo esto así, debe evitarse hacer una vinculación sinonímica entre funciones ejecutivas y administrativas. La primera es un género, y la segunda su especie (que incluso se extiende más allá de su ámbito).

Ahora, trazando un paréntesis terminológico a efectos de delimitar algunas nociones, podemos identificar una denominación distinta de la función ejecutiva y administrativa en razón del contenido. Sin perjuicio de dejar indemne la construcción categórica de que la función ejecutiva se desarticula en función gubernativa y administrativa, existe una denominación distinta aplicable a esta fórmula con el fin de trazar una delimitación con lo que sería la actividad de servicio público, toda vez que, a simple vista, no se podría indicar si éste forma parte o no de la función administrativa: ¿se identifica el servicio público con la función administrativa?

Alguna parte de la doctrina ha señalado que, dentro de la tripartición de funciones en razón de los Sujetos-Poderes, el Poder Ejecutivo sería el que realiza la *Actividad Administrativa*, la cual comprendería dentro de sí a la función administrativa y el servicio público. Bajo esta óptica, la *Actividad Administrativa* sería el género, y la función administrativa junto al servicio público serían especies de éste²⁴⁶. El Poder Ejecutivo sería el que realice la *Actividad Administrativa* del Estado, la cual consistiría en actividades estatales tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y los mandatos de la ley mediante instrumentos jurídicos y materiales.

Los instrumentos jurídicos serían los que estarían dentro de la categoría de funciones administrativas, y los instrumentos materiales serían los que se adscriben a la categoría de actividad prestacional o servicio público²⁴⁷, según dicha concepción. Lo cual no compartimos necesariamente, toda vez que puede haber instrumentos materiales no prestacionales que formen parte de la función administrativa como actuar jurídico (ejemplo, los actos de notificación). De modo que sería más conveniente hablar de una *Actividad Administrativa* dividida en funciones administrativas (jurídicas y materiales), y actividad prestacional (servicio público).

En esta línea de razonamiento, las funciones administrativas serían distintas a las actividades prestacionales, y en específico, a la actividad de servicio público. Ambas partirían de la categoría genérica de *Actividades Administrativas*, pero se distinguirían en cuanto a sus formas de expresión. En nuestra opinión, resulta importante esta diferenciación, toda vez que nos permite adscribir la noción de actividad prestacional o servicio público en el concepto genérico de *Actividad Administrativa*, sin necesidad de vincularlo necesariamente al de función administrativa, pues, consideramos, ambas nociones tienen matices diferentes.

No obstante, debido a la gran confusión que se podría generar por un uso alternativo de los términos, en la presente investigación nos referiremos simplemente a la *Actividad Administrativa* genérica como “función administrativa”, la cual podrá tener su expresión tanto de forma material como jurídica. Sin perjuicio de ello, cuando nos refiramos específicamente a la actividad prestacional de “servicio público”, sí trazaremos su delimitación respecto a la noción de “función administrativa”, haciendo énfasis en el carácter económico del primero, y en el carácter jurídico y funcional (y también material -no prestacional-) del segundo; con el fin de separar un ámbito de actividad administrativa del otro.

²⁴⁵ ISASI CAYO, Felipe. Op.Cit., pp. 61.

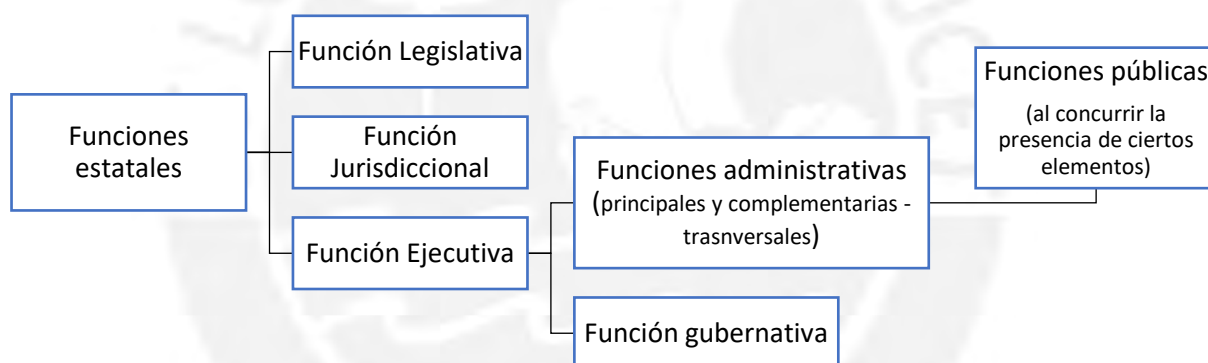
²⁴⁶ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 53.

²⁴⁷ Ídem.

Independientemente de lo indicado líneas arriba (y dando por cerrado dicho paréntesis terminológico), debemos señalar que no consideramos correcto afirmar que el ejercicio de los poderes del Estado, específicamente vinculados al ámbito ejecutivo, esté categorizado en virtud de una diferenciación entre *funciones públicas*, *funciones administrativas* y *funciones estatales*, tal como lo ha indicado una parte de la doctrina anteriormente citada. La identificación estricta de funciones estatales como funciones públicas, o como funciones administrativas, no nos parece acertada, pues una función estatal será siempre el concepto base sobre el cual se destejen principalmente las tres funciones del poder tripartito, y todas las demás funciones específicas. Las funciones estatales no son “*aquellas funciones públicas*”, sino por el contrario, las funciones públicas son “*aquellas funciones estatales*”, en nuestra opinión.

Por ello, las funciones estatales constituirían una categoría de la cual se desprenderían todas las funciones involucradas con el actuar público de un Estado. Es una plataforma base de la cual se derivan las demás funciones, que parten de la clasificación tripartita del poder o funciones para delimitarse aún más en otros subgéneros o categorías secundarias, como en el caso de la función ejecutiva, la cual se delimita específicamente en función administrativa o función gubernativa, y a nuestra opinión, la función pública (como una especie de función administrativa).

Sin perjuicio de analizar con mayor detenimiento los conceptos de función pública y función administrativa, el siguiente gráfico puede ilustrar de mejor manera esta configuración funcional:



Elaboración propia

Podemos apreciar que las funciones estatales representan un género de las tareas que el Estado está obligado a hacer, de las cuales se desprenden la clasificación tripartita de funciones legislativa, jurisdiccional y ejecutiva (y otras), delimitándose aún más la función ejecutiva en función pública, administrativa y gubernativa. Ahora, únicamente nos centraremos en las formas que se desprenden de la función ejecutiva, toda vez que, como dijimos, los tipos de función legislativa y jurisdiccional no son objeto de análisis en la presente investigación. ¿Qué es entonces la función ejecutiva?

La función ejecutiva es la actuación material y jurídica²⁴⁸ realizada por el Poder Ejecutivo, la cual, se dice, estaría conformada por un componente gubernativo o político y por un componente administrativo²⁴⁹. La LOPE, en su artículo 4, señala una serie de funciones que los órganos ejecutivos pueden y deben realizar, que van desde la implementación de políticas nacionales, al ejercicio de

²⁴⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I, 4º ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 27.

²⁴⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op.Cit.*, pp. 288.

determinadas actividades sectoriales diversificadas en el actuar de Ministerios específicos. Dicha función involucra, entonces, a todas las tareas destinadas a gobernar a la ciudadanía, crear políticas públicas, administrar los sectores, y ordenar la sociedad, entre otras.

Como pudimos apreciar en el gráfico anterior, la función ejecutiva engloba (a partir de las construcciones que recabamos de las definiciones hechas por la doctrina), a nuestro saber, dos funciones específicas, que son la gubernativa, y la administrativa, esta última la cual, y como se verá, puede devenir en una forma de función pública si cumple con la presencia de determinados elementos que serán revisados posteriormente. Consideramos necesario incorporar en dicha clasificación al concepto de “función pública”, no como una decisión arbitraria de quien investiga, sino por el hecho de que la doctrina, principalmente española, ha venido haciendo referencia a la existencia de un tipo de función estatal, conocida como “función pública”, en paralelo a otras acepciones de la actividad administrativa, como lo es la función administrativa propiamente dicha.

Autores como Zanobini, Schmidt-Assmann, Cervantes Anaya, Bielsa, Parejo Alfonso, Garrido Falla, Díez, Villegas Basavilbaso, Ariño, entre otros, se han referido en sus diferentes escritos a la existencia de ciertas funciones del Estado que, por su especial naturaleza, son consideradas como funciones públicas, principalmente por la presencia de elementos tales como el ejercicio de potestades y la atención directa de intereses públicos concretos. Lo peculiar es, precisamente, que estas acepciones, o referencias a las funciones públicas, son realizadas en paralelo a las mismas referencias de las funciones administrativas. Es decir, la doctrina plantea una coexistencia de estas dos formas de funciones estatales, que serían realizadas por la Administración pública, de forma tal que resulta muy importante delimitar los contenidos de estas funciones para despejar las dudas y confusiones que abundan en torno a estas instituciones. Y para ello, será necesario realizar un análisis sistematizado de los principales aportes doctrinarios que se han vertido al respecto.

En el fondo, los dos conceptos anteriormente indicados (funciones públicas y administrativas) no definen ámbitos perfectamente deslindables entre sí²⁵⁰. De hecho, consideramos que las funciones públicas son una especie de funciones administrativas cuando llevan consigo el ejercicio de potestades públicas o autoridad. La delimitación se hace difícil, pero es necesaria a efectos de determinar con claridad el contenido de las actividades que progresivamente podrían ejercer, hoy por hoy, los administrados.

2.3.1.1. Función gubernativa: concepto

La función ejecutiva está delimitada en dos funciones específicas, que son las funciones administrativas (concepto genérico dentro del cual abordaremos de manera aún más específica el tipo de función pública), y la función gubernativa. Debemos señalar que la función gubernativa (o también denominada “política”), a diferencia de lo que sucede con las otras funciones, es fácilmente excluible y delimitable, pues su objeto es hasta cierto punto sencillo de explicar. Su regulación normativa está conformada por el artículo 110 y ss. de la Constitución Política, y el artículo 7 y ss. de la LOPE.

La función gubernativa consiste en la dirección de la política general del gobierno, y le corresponde únicamente al Poder Ejecutivo, específicamente, al Presidente de la República²⁵¹. La función gubernativa es una función de iniciativa y dirección política y decisiva para el Estado, de contenido eminentemente político, discrecional y relativamente incontrolable jurídicamente. Es, según Boquera

²⁵⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 169.

²⁵¹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 286.

Oliver, *un conjunto de decisiones importantes por afectar a toda la comunidad*²⁵². Según Cassagne, la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad y paz²⁵³.

Por tratarse de un elemento político, gubernativo, la función gubernativa únicamente puede ser ejercida por quien ostenta el gobierno del país, siendo éste el Presidente de la República, como cabeza del Poder ejecutivo, o los representantes de aquel. En este sentido, la función gubernativa no es compartida en los otros poderes, y sólo le pertenece al Poder ejecutivo, específicamente al Presidente.

Para Linares, la función de gobierno es *la potestad ejercida con fundamento en razones de alta política del Estado, por medio de actos generales o individuales*²⁵⁴. Según Brewer-Carías, la función gubernativa es la función mediante la cual *el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general, sin condicionamiento legal alguno, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado*²⁵⁵. En nuestra Constitución de 1993, un ejemplo de ello sería la facultad de convocar la legislatura extraordinaria (art. 118) o, en mayor extremo, la facultad de disolver el Congreso (art. 134).

De este modo, podemos notar que la función gubernativa es una actividad identificada exclusivamente con una personificación estatal específica (el Presidente), y por ello, fácil de reconocer²⁵⁶. Sin embargo, no sucede lo mismo con las funciones pública y administrativa, toda vez que ambos conceptos se entremezclan constantemente, y el componente permeable de la función administrativa contribuye a esa poca claridad de los contenidos. A efectos metodológicos, quisiéramos empezar por explicar la función administrativa, toda vez que, al definir este elemento, estaremos creando un panorama más claro a efectos de delimitar uno y otro concepto que se apoya mucho en una relación de género-especie muy peculiar.

2.3.1.2. Función administrativa: concepto

La *Actividad Administrativa* es la que realiza el Poder Ejecutivo, y puede tener expresiones jurídicas o materiales. Como indica Bastidas Bárcenas, los instrumentos jurídicos serían los que estarían dentro de la categoría de “funciones administrativas” propiamente dichas, y los instrumentos materiales serían los que se adscriben a la categoría de “actividad prestacional o servicio público²⁵⁷”. Concepción que no compartimos necesariamente, toda vez que puede haber instrumentos materiales no

²⁵² BOQUERA OLIVER, José María. Op.Cit., pp. 122.

²⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., 120.

²⁵⁴ No obstante, el autor señala que estos actos pueden ser unilateralmente emitidos por órganos estatales supremos de cualquiera de los poderes del Estado y en ejercicio de cualquiera de las tres funciones estatales. Sin embargo, consideramos que el autor involucra dentro de este concepto a los casos en los que, mediante actos de otras funciones, como la legislativa o jurisdiccional, se incide indirectamente sobre ciertos componentes políticos y gubernativos, como las leyes o los juicios políticos, por ejemplo, lo cual definitivamente escapa de una actuación política directa y jerarquizada que le correspondería únicamente al jefe de Estado. LINARES, Juan Francisco. Op.Cit., pp. 185.

²⁵⁵ BREWER-CARÍAS, Allan. Op.Cit., pp. 76-77.

²⁵⁶ Pese a ello, algunos autores como Garrido Falla consideran que la función gubernativa, en la medida en que atienden a la conducción política y satisfacción de las exigencias de la población, podría ser expresada fácilmente a través de instrumentos normativos o mediante mecanismos de justicia en casos concretos, de modo tal que dicha función podría ser ejercida por los distintos Poderes del Estado. No obstante, afirmar ello sería darle a la función gubernativa la misma calidad de la función administrativa, de contenido permeable y compartido por los diferentes sujetos-poderes del Estado, desconociéndose así el real trasfondo de esta función, el cual es precisamente la conducción de la sociedad, pero únicamente a través de quienes ostentan la calidad de gobernantes, y no por cualquier funcionario del Estado. Revisar: GARRIDO FALLA, Fernando. Op.Cit., pp. 48.

²⁵⁷ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 53.

prestacionales que formen parte de la función administrativa como actuar jurídico (ejemplo, los actos de notificación). De modo que sería más conveniente hablar de una *Actividad Administrativa* dividida en funciones administrativas (jurídicas y materiales), y actividad prestacional (servicio público).

Las funciones administrativas serían, entonces, distintas a las actividades prestacionales, y en específico, a la actividad de servicio público²⁵⁸. Ambas partirían de la categoría genérica de *Actividades Administrativas*, pero se distinguirían en cuanto a sus formas de expresión. Esta diferencia resulta importante, toda vez que nos permite adscribir la noción de actividad prestacional o servicio público en el concepto genérico de *Actividad Administrativa*, sin necesidad de vincularlo necesariamente al de función administrativa, pues, consideramos, ambas nociones tienen matices diferentes.

No obstante, y como advertimos en la sección de “funciones estatales”, debido a la gran confusión que se podría generar por un uso alternativo de los términos, en la presente investigación nos referiremos simplemente a la *Actividad Administrativa* genérica como “función administrativa”, la cual podrá tener su expresión tanto de forma material como jurídica. Sin perjuicio de ello, cuando nos refiramos específicamente a la actividad prestacional de “servicio público”, sí trazaremos su delimitación respecto a la noción de “función administrativa”, haciendo énfasis en el carácter económico del primero, y en el carácter jurídico y funcional (y también material -no prestacional-) del segundo; con el fin de separar un ámbito de actividad administrativa del otro.

La función administrativa es la que, en principio, ejerce el Poder Ejecutivo, y en concreto, la Administración Pública. Dicha función es un concepto genérico que engloba una serie de actuaciones provenientes de los entes de la Administración, y que pueden ser jurídicas o materiales, y de alto o menor impacto o relevancia. Nuestro ordenamiento jurídico –en su plano constitucional y legal- no ha definido lo que es precisamente la función administrativa. Así, nuestra Constitución de 1993 no hace referencia expresa a la función administrativa, ni tampoco al concepto de Administración pública. La única mención, aunque imprecisa, es la del artículo 118, que enumera las funciones del Presidente de la República, entre las cuales se encuentra la de “*ejercer las demás funciones de gobierno y administración*”.

Es decir, se reconoce que dentro de la estructura del Poder Ejecutivo existirá, de manera general, un mandato constitucional para el ejercicio de funciones tanto gubernativas como administrativas. Es entendible que la Constitución no ahonde en el contenido de los conceptos a los que hace referencia, toda vez que esta tarea es generalmente complementada con la normativa legal y reglamentaria, de lo cual podríamos deducir que las funciones administrativas podrían estar mejor definidas en otros cuerpos normativos infraconstitucionales. Sin embargo, esto no ha sucedido, toda vez que nuestro ordenamiento legal tampoco ha dado ninguna definición exacta y precisa respecto al contenido de esta función. Así, por ejemplo, el TUO de la LPAG hace mención a la función administrativa sin definir su contenido, en sus Artículos I y II del Título Preliminar:

Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

²⁵⁸ Como bien señala Bastidas Bárcenas, en la medida en que años atrás era lo común que la Administración se encargue directamente de brindar a la ciudadanía prestaciones de distinto tipo (como energía, telefonía, salud pública, recolección de residuos, transporte, infraestructura, entre otros), nació la idea equivocada de que el servicio público era la misma función administrativa, pues al fin y al cabo el Estado era el que prestaba esos servicios mediante un régimen de Derecho Administrativo. En este sentido, si estamos en un escenario en el que el Estado se hace cargo de casi todos los servicios por no tener una regulación adecuada del mercado en el que puedan participar los privados, ese escenario será propicio para ocasionar la confusión según la cual allí donde hay servicio público, hay función administrativa. En: BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 60-61.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Los procedimientos administrativos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

Artículo II.- Contenido

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

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

Generalmente se tiende a definir a la función administrativa desde una noción *negativa*, es decir, como la actividad que resta luego de definir a la función legislativa y jurisdiccional²⁵⁹. Así, algunos autores señalan que la función administrativa es definida por exclusión, siendo ésta aquella función que, tutelando intereses públicos, no crea ni garantiza derechos, ya que estos últimos cometidos estarían entregados al Parlamento y a los tribunales de justicia²⁶⁰. En la doctrina local, destaca el planteamiento realizado ya en el siglo XIX por el entonces profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el francés Pradier Fodéré, quien señaló que *la Administración no es otra cosa que el gobierno del país, menos la confección de las leyes y la acción de la justicia entre los particulares*²⁶¹. Es decir, administrar, según esta óptica, sería todo lo que no es legislar ni juzgar.

²⁵⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 45.

²⁶⁰ ROJAS CALDERÓN, Christian. “Ejercicio de funciones públicas por particulares: el caso de las juntas de vigilancia”. *VV.AA. 2007, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Lexis Nexis, 2007, pp. 01.

²⁶¹ PRADIER FODÉRÉ, Paul. *Compendio del curso de derecho administrativo: Profesado en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de Lima*. Traducido por Manuel A. Fuentes. Lima: Imprenta del Estado, 1878, pp. 10.

De la misma manera, también se ha vinculado la función administrativa, desde un criterio orgánico, como una actividad ejercida exclusivamente por el Poder Ejecutivo, bajo una idea estricta y reducida de la Administración Pública. Por ejemplo, Brewer-Carías señala que *la función administrativa es la “función propia” del Poder Ejecutivo y electoral, aunque no llega a ser privativa y exclusiva de éstos*²⁶². Por su parte, Martín Mateo, para quien la Administración, como conjunto orgánico, está integrada por el Poder Ejecutivo, hace referencia a una necesaria vinculación entre la actividad o función administrativa y los órganos o entidades del ejecutivo²⁶³.

No obstante, estos conceptos (orgánico y negativo) de la función administrativa no son suficientes ni totalmente precisos. El uso de criterios negativos no es la manera adecuada de dar fundamento a la naturaleza de los conceptos, y por ello resulta necesario contar con una definición objetiva o “positiva” de lo que es función administrativa. En efecto, dicho criterio no soluciona nada, pues, como indica Gordillo, *si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción, y por lo tanto sí administración, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata*²⁶⁴. Tampoco es suficiente definir la función administrativa desde un criterio estrictamente orgánico, referido a que ésta es la función que es ejercida por el Poder Ejecutivo, específicamente por las entidades de la Administración Pública.

Como ya hemos señalado anteriormente (al momento de definir el concepto de Administración pública) la función administrativa es realizada por el Poder ejecutivo, pero no de manera exclusiva, sino protagónica. La función administrativa no está localizada en un órgano único, toda vez que los ámbitos legislativo y judicial también ejercen función administrativa, aunque de manera mucho más limitada y enfocada principalmente en la atención de sus asuntos internos, es decir, utilizando la función administrativa como soporte y apoyo de sus funciones principales. No debemos olvidar que los gobiernos regionales, locales y otros organismos constitucionales autónomos también realizan función administrativa, esta vez, de una manera tan protagónica como la que realiza el Poder Ejecutivo, e incluso algunas personas jurídicas privadas también ejercen funciones administrativas de manera contingente, como bien se desprende del art. I.8 del TUO de la LPAG.

La función administrativa es efectivamente realizada por la Administración Pública, y ésta última, como ya hemos mencionado anteriormente, no se limita al Poder Ejecutivo, sino que constituye un criterio orgánico amplio que se extiende en toda la estructura del Estado, es decir, a todos los órganos o entidades estatales, siempre y cuando se trate, precisamente, de un órgano que en determinado supuesto realice una actividad de naturaleza administrativa. Así, atendiendo a esta premisa, tenemos que para Schmidt-Assmann, las funciones administrativas son aquellas funciones de los poderes públicos que son confiadas a las Administraciones públicas para su cumplimiento mediante instrumentos administrativos²⁶⁵.

Por su parte, en la doctrina local figura el importantísimo aporte de Abruña Puyol, quien, adscribiéndose a un criterio subjetivo, vincula el concepto de función administrativa como *la actividad que realiza toda organización del poder público que actúa con potestad administrativa, es decir, toda actividad de la Administración pública*²⁶⁶. De la misma manera, Guzmán Napurí, al momento de plantear la

²⁶² BREWER-CARIÁS, Allan. Op.Cit., pp. 84.

²⁶³ MARTÍN MATEO, Ramón. Op.Cit., pp. 39.

²⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo. Tomo 1: Parte General*. 4° ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, IX-7 – IX-8.

²⁶⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 168-169.

²⁶⁶ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Op.Cit., pp. 67.

delimitación entre función administrativa y Administración pública, ha señalado que esta última *estaría compuesta por aquellas entidades que realizan función administrativa, al margen de su estructura específica*²⁶⁷.

Una primera aproximación es que la **función administrativa (como concepto general) es la que realizan los entes de la Administración Pública**. Sin embargo, limitarnos únicamente a señalar que la función administrativa es la que realiza la Administración Pública es caer en la misma ambigüedad que plantea un criterio estrictamente orgánico relacionado al Poder Ejecutivo. Es decir, si al señalar que la función administrativa es la que ejerce el Poder Ejecutivo caemos en una imprecisión evidente (por el reconocimiento de administración en los otros poderes y entidades que conforman el Estado), lo mismo sucede si nos limitamos a indicar que dicha función es la que ejerce, sin más, la Administración pública, pues con ello no definimos absolutamente nada.

Como indicamos anteriormente, la Administración pública, según el Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, es un concepto que puede englobar a todas las entidades, organismos y niveles de la estructura del Estado, incluyendo los tres poderes, los gobiernos regionales y locales, y los organismos constitucionales autónomos, entre otras. Al señalar que la función administrativa es la que ejercen todas las entidades que conforman la Administración Pública, según el TUO de la LPAG estaríamos haciendo referencia a todas las entidades del Estado y a determinadas personas jurídicas privadas que, en ocasión de un título específico, realizan determinadas actividades comprendidas dentro de ley. Y con esta referencia, ciertamente, no estamos definiendo en lo absoluto lo que concretamente es la función administrativa, aunque de alguna manera ayuda para ir perfilando la noción.

Por lo tanto, sigue siendo muy difícil atender a una definición suficiente de la función administrativa únicamente haciendo referencia a las entidades que la realizan, pues al final, todas las entidades podrían eventualmente ejercerla. El fracaso en el intento de construir una definición suficiente a partir de estas herramientas exige la búsqueda de una noción más vinculada al contenido mismo de la función, con lo que parecería ser una solución la definición de la función administrativa desde una óptica o criterio *material*.

Así, desde un criterio *material*, podemos advertir, en la línea de Sayagués Laso, que el contenido objetivo de la función administrativa versa sobre declaraciones de voluntad y hechos, siendo que, a diferencia de las otras funciones, la administrativa tiende a *concretar en hechos* la actividad estatal, de lo que se desprende que su objeto estaría enfocado en la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica²⁶⁸. A su vez, Garcini y Reyes implícitamente hacen referencia a un componente material de la función administrativa, al señalar que la administración constituye una estructura armónica llamada a *hacer realidad* los cometidos del Estado²⁶⁹. Así, en el plano material, lo esencial en la función administrativa es esa finalidad de llevar concretamente a los hechos los cometidos estatales que requieren una ejecución material²⁷⁰.

El ejercicio de la función administrativa, de acuerdo a Fernández Ruiz, implicaría el *cumplimiento* del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del bien público, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden público²⁷¹. De acuerdo a Bastidas Bárcenas,

²⁶⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 287.

²⁶⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 43-46.

²⁶⁹ GARCINI, Héctor y Miguel Reyes. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I: Parte General. La Habana: Universidad de La Habana – Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, 1963, pp 03.

²⁷⁰ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 45-46.

²⁷¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op.Cit., pp. 53-54.

se trataría de una actividad tendiente a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y los mandatos de la ley: *es la tarea estatal dirigida a dar solución cotidiana a los variados problemas sociales e individuales de la comunidad*²⁷². Su manifestación es práctica, material, y de continua interacción con los administrados. La función administrativa tendría relación directa con los particulares en general, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan directamente²⁷³ (exceptuando los casos de los actos de administración interna).

En la misma línea de la aplicación de un criterio material, Linares indica que la función administrativa es *la función de ejecutar normas jurídicas de toda especie, fuera de situaciones contenciosas, mediante decisiones individuales normativas que particularizan, en casos concretos: i) cualquiera de los contenidos de aquellas normas aplicadas; ii) actos de conducta de ejecución de normas jurídicas en calidad de hechos administrativos*²⁷⁴. La función administrativa, como señala Dromi, objetivamente es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución *concreta y práctica*²⁷⁵. Por su parte, Gabino Fraga señala que la función administrativa es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales²⁷⁶.

Podemos ver que éstas resultan pertinentes para trazar una concreta diferenciación respecto a las funciones legislativa y jurisdiccional. Por un lado, la función administrativa se diferencia de la función legislativa debido a que mediante ésta nunca se realizan actos materiales, ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales²⁷⁷. Por otro lado, la función jurisdiccional se diferencia de la administrativa debido a que ésta no supone necesariamente una situación preexistente de conflicto, ni interviene con el fin de resolver una controversia para dar estabilidad al orden jurídico.

La función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos con medidas de policía; pero cuando el conflicto ha surgido, se entra al dominio de la función jurisdiccional. *Si la función administrativa llega en algún caso a definir una situación de derecho, lo hace no como finalidad, sino como medio para poder realizar otros actos administrativos*²⁷⁸. Isasi Cayo ha indicado que la función administrativa comprende tanto actividad jurídica como operaciones materiales de la Administración pública. Ésta consistiría en *actos jurídicos que crean o modifican normas generales o derechos subjetivos; así como el quehacer concreto y material vinculado a los fines del Estado*²⁷⁹. De igual manera, Guzmán Napurí señala que mediante la actividad administrativa se pretende *tomar medidas* para manejar el Estado y lograr los fines por él perseguidos²⁸⁰.

Asimismo, encontramos sumamente relevante destacar la construcción realizada por Hartmut Maurer, el cual contribuye señalando algunas características que delimitan la concepción material de dicha función, no sin antes advertir que este criterio puede resultar igualmente insuficiente. Señala el autor que la función administrativa es una actividad de *conformación social, activa y dirigida al futuro*, que tiene por objeto la convivencia colectiva y los asuntos concernientes a ésta, orientada siempre a la

²⁷² Lo cual, como indica el autor, no es nada fácil, toda vez que la actividad administrativa es de las tres funciones estatales, la más difícil de retratar: se mueve y tiene varias facetas. Es la que le confiere al Estado mayor legitimidad. La actividad administrativa es la cara que muestra el gobierno. En: BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 54.

²⁷³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 288-289.

²⁷⁴ LINARES, Juan Francisco. Op.Cit., pp. 166.

²⁷⁵ DROMI, Roberto. Op.Cit., pp. 197.

²⁷⁶ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 14^o ed. México DF: Editorial Porrúa, 1971, pp. 62.

²⁷⁷ Ídem.

²⁷⁸ Ídem.

²⁷⁹ ISASI CAYO, Felipe. Op.Cit., pp. 63.

²⁸⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, pp. 18.

atención del *interés público*, y que se vale de la adopción de *medidas concretas* destinadas, en su mayoría, a la regulación de casos individuales y la materialización de determinados proyectos²⁸¹.

En este sentido, desde un criterio *material*, la función administrativa es una actuación que se expresa de forma práctica (valga la redundancia, material) o jurídica, con el fin de plasmar en el plano de los hechos y de la realidad las mismas políticas públicas, la concreción de las normas y la puesta en marcha de la sociedad a través de actuaciones sectoriales. Es una aplicación material y/o jurídica, directa y concreta respecto a la conducción misma de la sociedad.

No obstante, Gordillo advierte que un criterio meramente material tampoco es del todo suficiente, toda vez que, por ejemplo, la función administrativa también tendría, eventualmente, contenidos semejantes a los de la legislativa, en función a su potestad normativa (reglamentaria), y a la de la jurisdiccional, no limitándose en todos los casos a manifestaciones concretas de voluntad²⁸². Al respecto, indica el referido autor:

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay actos materialmente legislativo que son orgánicamente administrativos; actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos (*por ejemplo: comisiones, autorizaciones del Congreso, solicitudes de informes*); actos materialmente administrativos que son orgánicamente judiciales (*por ejemplo: nombramientos y remociones de funcionarios, aprobación de presupuesto*), y hay actos materialmente jurisdiccionales y legislativos que son orgánicamente administrativos, como la decisión sobre recursos jerárquicos y potestades reglamentarias, respectivamente.²⁸³

[Texto en cursiva agregado]

Así, este entrelazamiento de funciones materiales demuestra que no se puede identificar un criterio orgánico o material objetivo, que, de manera aislada y suficiente, puedan definir las funciones, de tal forma que, en cuanto al concepto de función administrativa, y ante la carencia de elementos definitorios propios y exclusivos, se deberá acudir a un criterio “*mixto*”²⁸⁴, que combine los criterios antedichos (orgánico y material) para entender a la naturaleza específica de dicha clase de función. De este modo, y partir de las concepciones anteriormente citadas, coincidimos en que la función administrativa debe ser siempre definida atendiendo a un criterio *mixto* que englobe una concepción tanto *orgánica* como *material* de la función correspondiente. La función administrativa es actuación material, jurídica, concreta y práctica²⁸⁵, la cual no proviene de cualquier órgano o entidad, sino de los que efectivamente conforman la Administración Pública en los términos que venimos utilizando.

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

²⁸¹ MAURER, Hartmut. Op.Cit., pp. 50-51.

²⁸² GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1: Parte General. Op.Cit., IX-11.

²⁸³ Ídem.

²⁸⁴ *Ibidem*, IX-12.

²⁸⁵ BOQUERA OLIVER, José María. Op.Cit., pp. 122.

En este sentido, las entidades o sujetos integrantes de la Administración pública (bajo un criterio orgánico amplio), que son los ejercientes de la función administrativa, se valen, como indicamos, de actuaciones materiales, jurídicas, prácticas y concretas, que inciden directamente sobre los administrados, y que traducen, en el plano de los hechos, las decisiones y políticas para la administración de la sociedad en conjunto y de los sectores conformantes de ésta. Ahora, las funciones administrativas (que las consideramos un género), a diferencia de lo que sucede específicamente con las funciones públicas (a las cuales consideramos una especie), no siempre atienden directamente a la consecución de un interés público concreto y debidamente identificado²⁸⁶.

Es cierto que el interés público, desde una óptica abstracta, siempre será base y trasfondo de toda actuación de la Administración pública, y con ello, de toda función administrativa. Pero, como se verá luego, el interés público requiere (para la puesta en marcha de su consecución) ser un interés concreto, contextualizado e identificable por la ciudadanía y el Estado. Por ello, si bien el interés público²⁸⁷ será siempre la justificación última de las actuaciones de la Administración, y, por ende, de la función administrativa, habrá actuaciones de la administración que, en mayor o menor grado, estarán dirigidas a satisfacer concretamente dicho bien jurídico. La consecución del interés público es base de toda la actuación administrativa, pero no todas las actuaciones están de igual manera y en la misma intensidad dirigidas a conseguirlo. Algunas lo hacen de manera directa y concreta, mediante medidas específicas en ejercicio de los poderes y prerrogativas del poder público, y otras lo hacen de forma indirecta, sin un grado relativamente intenso de procura y sin el despliegue de concretas potestades públicas, pudiendo manifestarse, incluso, únicamente para atender los fines internos de la misma Administración.

Lo anterior quiere decir que existen funciones administrativas de gran impacto y directa atención de intereses públicos. Por ejemplo, encontramos esto en los supuestos de inspecciones y fiscalizaciones en determinadas plantas industriales que manejan elementos peligrosos. Pero de la misma manera existen funciones administrativas meramente instrumentales, de menor intensidad, y que pueden estar destinadas únicamente a la atención de requerimientos internos o finalidades menores de las entidades del Estado (los denominados actos de administración interna), como, por ejemplo, la compra de computadoras de una entidad pública, o el pago de la planilla de trabajadores de una oficina administrativa.

En consecuencia, tenemos que, a partir de una definición amplia del concepto de función administrativa en virtud de un criterio mixto, entendida ésta como *toda actividad material y/o jurídica, práctica y concreta ejercida por los entes de la Administración Pública para la satisfacción del interés público*, se pueden identificar dos expresiones específicas de dicha noción, en relación a la mayor o menor intensidad y enfoque de la función ejercida. Por un lado, están las funciones administrativas que atienden a fines instrumentales de otras funciones principales. Son las que se expresan de forma transversal en toda la estructura del Estado, o en suma, en todos los entes de la Administración Pública del art. I.8 del TUO de la LPAG, y que son compartidas en virtud del *Principio del ejercicio inter-*

²⁸⁶ Como se verá más adelante, dentro de la concepción de la función pública, en virtud de la doctrina que ha tratado el tema, se encuentran elementos constituyentes como la “directa atención de un interés público concreto”, y “el ejercicio de potestades públicas o autoridad”. En este sentido, las funciones administrativas son un género de una serie de actuaciones y manifestaciones de la administración, de diferentes intensidades y relevancias, pero sólo cuando estas funciones administrativas se exteriorizan utilizando potestades públicas para la atención de un interés público concreto, estaremos ante auténticas “funciones públicas”.

²⁸⁷ Si bien el interés público es de por sí un concepto ambiguo y complejo, que será revisado en la sección dedicada al análisis de la función pública, podemos adelantar que el mismo se refiere a una serie de actividades que son necesarias para el conjunto de la sociedad, por ser indispensables para su desarrollo como personas y comunidad.

*orgánico de las funciones del Estado*²⁸⁸. Son ese tipo de funciones administrativa que atienden requerimientos internos de las entidades, sean del Poder Ejecutivo, Judicial, Legislativo, Gobiernos Regionales y Locales, Organismos Constitucionales Autónomos, etc. Y por el mismo hecho de que se dirigen a la atención de requerimientos internos o hasta burocráticos, se constituyen como actuaciones complementarias e instrumentales de las funciones principales de cada ente. Se trata, entonces, de una función administrativa *complementaria*. Pueden, por ejemplo, ser actuaciones materiales que complementen la función jurisdiccional (que es principal), y también actuaciones materiales que complementen, incluso, la función administrativa principal.

La función administrativa *principal* es, lo que por ejemplo sería, la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial, o la función legislativa ejercida por el Congreso. Se trata de la función administrativa más compleja, directa, y determinante para los fines mismos de la Administración de la sociedad. Es la aplicación más completa de esa actuación material y/o jurídica destinada a satisfacer el interés público, y en la medida en que es la función administrativa dirigida a la Administración directa de la sociedad en sus diferentes sectores, es ejercida por determinados entes de la Administración Pública, y no por todos. Esta función administrativa *principal* es ejercida, específicamente, por los entes de la Administración Pública cuyo objeto y fin es el de, precisamente, Administrar los distintos sectores y niveles gubernativos del país.

Por ende, estas funciones administrativas principales, que están destinadas a administrar la sociedad mediante actuaciones materiales²⁸⁹ y/o decisorias, están directamente ligadas a los sectores que conforman la estructura ejecutiva del Estado y con otros organismos externos a la estructura del Poder Ejecutivo, más allá de los Ministerios y demás organismos públicos adscritos a éstos, pero que de igual manera realizan una actuación material y/o decisoria en materia administrativa de forma *principal*.

Nos referimos con ello a los Gobiernos Regionales (regulados por Ley N° 27867) y Gobiernos Locales (regulados por Ley N° 27972), los cuales, de acuerdo los artículos 45 y ss. y 73 y ss. de sus respectivas normas, ejercen función público-administrativa para la gobernanza y administración de sus respectivas jurisdicciones. Y también a algunos organismos constitucionales autónomos (OCAS), que eventualmente realizan función administrativa de forma principal, como por ejemplo la Contraloría General de la República, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la ONPE (que junto con el JNE, se dice, ejercen principalmente función electoral), la RENIEC, y la SBS²⁹⁰.

Siendo esto así, tenemos que las funciones administrativas, en su óptica general, pueden ser clasificadas, por su relevancia, en funciones administrativas *complementarias* y funciones administrativas *principales*:

²⁸⁸ BREWER-CARÍAS, Allan. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 71.

²⁸⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, pp. 168.

²⁹⁰ En la presente sección pretendemos deslindar las funciones específicas respecto de los tres poderes-sujetos principales del Estado (legislativo, jurisdiccional y ejecutivo), de tal forma que, para efectos prácticos y metodológicos, cuando nos refiramos a las razones por las cuales la función pública sólo es aplicable a los organismos de la Administración pública que actúan administrativamente de forma principal, deberemos entender que dichas razones son igualmente aplicables a los gobiernos regionales, locales y OCAS.

Funciones administrativas complementarias	Funciones administrativas principales
Son realizadas por todos los entes de la Administración Pública (Art. 1.8 del TUO de la LPAG). En otras palabras, por todos los órganos y organismos de la estructura del Estado peruano.	Son realizados sólo por algunos entes de la Administración Pública: <ul style="list-style-type: none"> • Poder Ejecutivo (Ministerios, Organismos, etc.). • Gobiernos Regionales y Locales. • Algunos OCAS.
Su naturaleza es instrumental y sirven de complemento para el ejercicio de las funciones principales de los entes públicos. Pueden servir para la realización de la función legislativa, de la función jurisdiccional, y de la misma función administrativa principal.	No son instrumentales. Son actuaciones principales destinadas a cumplir los fines del Estado en cuanto a la Administración misma de la sociedad. Por ser principales, no sirven de complemento a otras funciones principales, de modo que no pueden ser ejercidas por el Poder Legislativo y/o Judicial.
Se expresan en actuaciones prácticas, materiales y burocráticas. Atienden a un interés público difuso e indirecto. Ejemplo: notificación de resoluciones, recepción de escritos, etc.	Se expresan en actuaciones materiales y/o decisorias de contenido jurídico. Atienden a un interés público directo, identificado y contextualizado. Ejemplo: Zonificación, Habilitaciones urbanas, Controles policiales, Fiscalización de instalaciones, etc.

Por lo tanto, de lo anteriormente dicho, se concluye que la función administrativa, desde un criterio *mixto*, es una actividad jurídica-decisoria, material y práctica, conformante de las funciones estatales, que es ejercida por la Administración Pública para atender intereses públicos y también intereses exclusivos de la administración. Se trata de una actividad que busca armonizar, bajo actuaciones materiales y jurídicas, la actividad de los administrados para la atención de los intereses colectivos, pero que puede también circunscribirse a la sola procura de fines y requerimientos del Estado. Ahora, podemos dar inicio a la revisión del concepto mismo de función pública.

2.3.2. Función pública: concepto y elementos

2.3.2.1. Las funciones públicas como una institución más allá del funcionario público

Tradicionalmente, casi siempre se ha generalizado la noción que vincula a la función pública con el empleo público. Cuando en el campo del derecho se hace mención a este concepto, es muy común que solo se haga para hacer referencia a la función pública en cuanto al elemento de los funcionarios, del empleo, de los servidores que trabajan en el Estado. Siendo esto así, se esperaría que, si quiera, en el marco legal del empleo público exista una definición de dicho concepto para con ello trazar una posible delimitación respecto a la función pública como institución misma del Derecho administrativo²⁹¹. Sin embargo, esto no sucede.

Así, por ejemplo, nuestra Constitución de 1993 recoge la referencia a la “función pública” en su artículo 39 y ss. únicamente para señalar el régimen estatutario y de carrera administrativa de los funcionarios, servidores y trabajadores públicos. De la misma manera, ni la Ley N° 30057, Ley del

²⁹¹ Recordemos que nuestro concepto de función pública gira en torno al concepto mismo de función administrativa desde la óptica del Derecho administrativo y la Administración Pública, y no respecto al ámbito del funcionario o servidor público. Es un concepto que se desprende de la misma teoría del Derecho administrativo respecto a la *Actividad Administrativa*, y no en cuanto al empleo público o referencias coloquiales del día a día.

Servicio Civil, ni la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (norma derogada luego de la implementación de la ley del servicio civil), ni el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, desarrollan la noción del concepto de función pública. Ambas normas, si bien regulan el régimen legal del funcionario y servidor público, no recogen una definición acerca de lo que se debe entender por el ejercicio de una función pública.

La doctrina no ha sido ajena a esta limitación. Así, por ejemplo, Ramón Parada, al momento de desarrollar la función pública en su conocida obra de *Derecho Administrativo*, se limita a señalar que dicha función designa *tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos*²⁹². Y así, una serie de autores²⁹³ que de igual manera definen la función pública únicamente desde su vertiente “laboral”, es decir, desde el ámbito del empleo y funcionario público. No obstante, lo cierto es que la “función pública” es un concepto más complejo de lo que se piensa. En efecto, y como indica Villegas Basavilbaso, el tratamiento jurídico de la *función pública* se ha limitado, por lo general, al estudio del funcionario público y no a la institución en sí misma²⁹⁴.

De la misma manera, Manuel María Diez ha expresado que la función pública se estudia comúnmente en el Derecho administrativo con relación al funcionario público, y no con referencia a la institución misma, relacionada a las funciones administrativas, al Derecho público y a la misma teoría general del Estado²⁹⁵. Una muestra de ello es la obra del reconocido profesor Miguel Sánchez Morón, catedrático de la Universidad de Alcalá, denominada “*Derecho de la Función Pública*”, en la que el autor se dedica a desarrollar el régimen jurídico de la función pública en el ámbito de “empleo público”, es decir, del servidor y funcionario público. El referido autor indica que ello se encuentra acorde a un sentido “subjetivo” de la *función pública*, toda vez que también existiría una acepción “objetiva” que, en sus propias palabras, *no es de interés para los efectos de la obra (...)*²⁹⁶.

De esta manera, entendemos que usualmente se vincula el concepto de “función pública” a su sentido “subjetivo”, que haría referencia al factor humano²⁹⁷ (trabajadores, empleados, funcionarios del aparato público) antes que al criterio “objetivo”, el cual, deducimos, estaría referido a la institución misma, contenido, del concepto de “función pública”. Sin embargo, y como dijimos, el concepto de la Función pública es mucho más amplio, y supera de lejos la sola relación con el empleo público, al punto de ser una institución en sí misma. Función pública, desde el ámbito laboral, no se identifica íntegramente con la “función pública” del derecho administrativo en su naturaleza de función administrativa y función del Estado.

Si bien el funcionario, en principio, realiza una función pública, debemos notar que se trata de dos componentes debidamente delimitados y separados, pues no es lo mismo el régimen legal del sujeto que realiza la función pública (llamado comúnmente “derecho la función pública”), que la actividad

²⁹² PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*. 15° ed. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 392.

²⁹³ Entre otros: MUÑOS MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. Madrid: Iustel, 2009; FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 14° ed. México DF: Editorial Porrúa, 1971; NÚÑEZ BORJA, Humberto. *Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú*. Arequipa: Cooperativa universitaria, 1971; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. 2°ed. Madrid: Iustel, 2009.

²⁹⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Vol. 3. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1951, pp. 223-224. Ver también: CERVANTES ANAYA, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas, 2009, pp. 145-146.

²⁹⁵ DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 482.

²⁹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. 2° ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, pp. 20.

²⁹⁷ Ídem.

concreta que realiza. Una cosa es el sujeto y su régimen, y otra muy distinta la naturaleza y contenido específico de la actividad que ejerce: la función y el funcionario no deben confundirse. Función pública, como empleo o concepto relacionado al funcionario, existiría en todos los niveles del Estado, tanto en el ejecutivo como en el legislativo y judicial. No habría, pues, una reserva de algún sujeto estatal sobre esta noción. No obstante, la *función pública*, como institución, como función del Estado y categoría del derecho administrativo, sí se encuentra limitada a ser expresada por determinados órganos o entidades, específicamente, los de la Administración pública, como se verá a continuación.

Por ello, en la presente investigación nos abocaremos siempre al contenido de la “*función pública*” desde la óptica de la actividad que dicha categoría implica. Al referirnos a las “*funciones públicas*”, se deberá entender que hacemos alusión al contenido mismo de la actividad, a la función estatal-ejecutiva propiamente dicha, al igual de lo que sucede cuando nos referimos a la función administrativa (sin perjuicio de que posteriormente desarrollemos a plenitud por qué es que decimos que la función pública es una especie de la función administrativa).

2.3.2.2. Definición de Función pública

Tal como señalamos anteriormente, el concepto de función pública, fuera del ámbito del empleo público, ha sido muy poco estudiado como institución del derecho administrativo, y específicamente, como función materialmente estatal. Así, por ejemplo, Marienhoff considera que la función pública está directamente vinculada con las funciones esenciales del Estado (lo cual consideramos correcto), pero dichas funciones esenciales, según dicho autor, serían las correspondientes a la jurisdicción, legislación y administración²⁹⁸, lo cual dista mucho de las construcciones y delimitaciones que venimos realizando en la presente investigación.

En este sentido, y frente al austero tratamiento normativo y jurisprudencial respecto a dicha institución (que no supera la referencia continua al ámbito del empleo público), buscaremos adentrarnos a este concepto a partir de la doctrina que, ligeramente, ha abordado esta institución de manera directa. Como bien indica Zúñiga Urbina, la “función pública” *es una realidad dinámica, ya que es la actividad desplegada por los órganos administrativos para la realización de los fines del Estado*. Como dijimos anteriormente, la voz latina *functio* hace referencia a una serie de elementos vinculados al verbo “cumplir, ejecutar, desempeñar”; y la voz latina *publici*, de donde tiene su origen el vocablo “público”, es relativa a la organización política²⁹⁹.

La expresión función pública se utiliza, según el catedrático español Fernando Sainz Moreno, para designar ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho, o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, solo corresponden a los poderes públicos³⁰⁰. El tratadista Adolfo Posada, ya en el año 1897, daba cuenta de algunos aspectos vinculados a la institución de la función pública, señalando que la función, ante todo, es un *servicio del Estado*, es decir, un derecho o deber conferido a una o varias personas *para hacer efectiva de una manera expresa la vida del Estado*³⁰¹.

²⁹⁸ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, pp.49.

²⁹⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Función pública administrativa en la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, Vol. 25, N° 1, 1998, pp. 367.

³⁰⁰ SAINZ MORENO, Fernando. “Ejercicio Privado de Funciones Públicas”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 100-102, 1983, pp. 1781.

³⁰¹ POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1897, pp. 303.

Posteriormente, el maestro italiano Guido Zanobini, ya a mediados del siglo pasado, había constatado la necesidad de delimitar la noción de función pública respecto a otros conceptos (como el servicio público), de modo tal que para dicho autor, citado por Garrido Falla³⁰², **la función pública resulta una forma superior de manifestación de la actividad administrativa, que representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida esta como una esfera de la capacidad jurídica y soberanía del Estado.** En definitiva, se trata de actividades que representan una potestad propia del Estado³⁰³, y que están destinadas a la directa satisfacción del interés público.

Por su parte, Schmidt-Assmann señala que, por “funciones públicas” cabe entender aquellos *cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general*, mediante la satisfacción de necesidades colectivas³⁰⁴. Asimismo, Villegas Basavilbaso indica que la función pública, como institución del derecho público, es una actividad que el ordenamiento jurídico –constitucional y legal– reserva a los órganos-institución y que se manifiesta por la voluntad de los órganos-individuos, actividad la cual implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo³⁰⁵. En este sentido, indica el autor que *la función pública se caracteriza por su competencia*, es decir, por el círculo de atribuciones que cada uno de los órganos institución puede o debe legalmente ejercitar; y sobre su contenido, señala que toda función pública requiere para su existencia *ser concretada en actos positivos que trasciendan la realidad jurídica*³⁰⁶.

Según Manuel María Diez, la función pública representa siempre *el ejercicio de una potestad, entendida ésta como una esfera de la capacidad específica del Estado, o sea de su soberanía*³⁰⁷. En este sentido, la función pública es un actuar del Estado que se realiza en virtud de los poderes, potestades y prerrogativas que éste tiene, y que constituye la realización de cometidos encaminados a la atención del interés público de la ciudadanía. Para Fernández Ruiz, siempre que nos refiramos a la *actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, y que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad, cuya realización atiende al interés público*, estaremos hablando de la función pública³⁰⁸.

En la misma línea, Bielsa señala que las funciones públicas parten de un componente institucional que hace referencia a las *funciones esenciales del Estado*, las cuales son realizadas por agentes estatales mediante la acción de órganos y autoridades que *conocen, deciden, ordenan y ejecutan* en sus respectivas esferas de competencia³⁰⁹. Según Ariño, la doctrina italiana es precisa en resaltar que la función pública es aquella que se desarrolla en la consecución de los *fines esenciales del Estado*, en su actividad propiamente soberana, que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normatividad jurídica, y que es de titularidad esencialmente estatal³¹⁰.

Por su parte, José Luis Martínez López Muñoz, si bien parte de una descripción sobre la regulación del funcionario público, indica que las funciones públicas constituyen *actividades que son expresión del*

³⁰² GARRIDO FALLA, Fernando. “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 135, 1994, pp. 11.

³⁰³ ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo, Tercera sección, Capítulo 1: Principios Generales del Ejercicio Privado*. Milan: Giuffrè Editore, 1958, pp. 385 y ss. En: ANDRÉS AUCEJO, Eva. *La colaboración social en el procedimiento de recaudación tributaria italiana: el ejercicio privado de las funciones públicas de recaudación tributaria en Italia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2014, pp. 12-13.

³⁰⁴ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 168.

³⁰⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Op.Cit., pp. 228-229.

³⁰⁶ Ídem.

³⁰⁷ DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 339.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op.Cit., pp. 51.

³⁰⁹ BIELSA, Rafael. Op.Cit., pp. 458.

³¹⁰ ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 545.

*ejercicio de potestades públicas*³¹¹. En la misma línea, Gamero Casado y Severiano Fernández, aunque de igual manera enfocándose únicamente en la regulación del empleo público, hacen alusión a que los funcionarios realizan una actividad que implica la participación directa o indirecta de potestades públicas para la salvaguarda de los intereses generales del Estado³¹², en virtud de la normativa española sobre regímenes laborales.

Las funciones públicas también han sido objeto de tratamiento penal, y en esta medida, algunos autores han visto por bien dar cuenta de algunos elementos constituyentes de dicha actividad, a efectos de determinar la responsabilidad por eventuales ilicitudes en el ejercicio de la función. Así, Orts Berenguer ha indicado que el carácter de función pública viene atribuido por la concurrencia de tres elementos: subjetivo (*función pública sería la actividad llevada a cabo por un ente público*); objetivo (*función pública sería la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público*); y teleológico (*función pública sería aquella en la que se persiguen fines públicos*)³¹³.

Asimismo, de una lectura de las descripciones realizadas por Parejo Alfonso acerca de las distinciones entre funciones públicas y actividades prestacionales, podemos advertir que dicho autor entiende, por función pública, a la *actividad imperativa integrada por el conjunto de tareas y cometidos administrativos* (de contenido no económico o prestacional), *que presuponen o implican necesariamente, en su cumplimiento, el ejercicio de autoridad, y que van desde las actividades más exclusivas y esenciales, hasta actividades de menos intensidad pero igualmente exentas de la libre iniciativa privada*³¹⁴.

El ejercicio de estas funciones, que son esenciales para el Estado, trae aparejada para la administración la disposición de poderes jurídicos más intensos, pudiendo imponer a los particulares prestaciones personales, como los actos limitativos de la libertad individual en el ejercicio del poder de policía³¹⁵. Y es que la función pública, como función del Estado, requiere del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, su autoridad, y de ahí que sea en última instancia una manifestación de su soberanía³¹⁶.

De esta manera, la realización de las funciones públicas implica el ejercicio de potestades que indudablemente podrían, en potencia, incidir forzosamente sobre las condiciones subjetivas o materiales de los administrados, y siempre tendrán como finalidad tutelar un bien jurídico de relevancia pública. Como señala Cervantes Anaya, la función pública, como institución del derecho público, es una actividad que el ordenamiento jurídico-constitucional y legal reserva a los órganos-instituciones, y que se manifiesta por la voluntad de los órganos-individuos. Toda función pública, indica el autor, implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo; y esos límites definen la competencia de los órganos-institución, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los órganos-individuos³¹⁷.

³¹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 144, 1997, pp. 60-62.

³¹² GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano Fernández Ramos. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 11° ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2014, pp. 261.

³¹³ ORTS BERENGUER, Enrique. *Derecho Penal. Parte Especial (Coord. Vives Antón)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, pp. 444. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Op.Cit., pp. 222-223.

³¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pp. 409.

³¹⁵ DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 338.

³¹⁶ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op.Cit., pp. 51.

³¹⁷ CERVANTES ANAYA, Dante. Op.Cit., pp. 148.

En nuestro medio, Abruña Puyol ha indicado que las funciones públicas son *expresión de la actuación soberana del Estado* y que se ejerce a través de actos administrativos en ejercicio de una potestad pública³¹⁸. Por su parte, Guillermo Guerra Cruz indica que la función pública es un concepto difuso en la legislación y controvertido en la doctrina, y que, en suma, se trataría de la actividad dirigida a la *realización y cautela de los intereses de la nación y a la integridad del territorio*, y que, en otra perspectiva, sería la *acción derivada del ejercicio del poder del Estado*³¹⁹.

De la misma manera, Núñez Borja, aunque partiendo desde la vertiente del empleo público, ha señalado que la función pública implica *el ejercicio de una actividad de carácter público que se vale del uso del poder del Estado*³²⁰. Y por su parte, Bastidas Bárcenas indica que la *función público-administrativa* supone el desarrollo y la ejecución forma o jurídica tanto de la Constitución como de la ley, que emana de la misma soberanía estatal³²¹.

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

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

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

Es preciso señalar que, de los cuatro elementos referidos, los tres primeros (carácter administrativo, competencia, e interés público) están igualmente presentes en el género de las funciones administrativas, aunque con ciertos matices relacionados al nivel de intensidad de algunos de estos elementos. En efecto, las funciones administrativas son actuaciones de naturaleza administrativa (material y/o decisoria), aunque en algunos casos, dicha actuación administrativa se limite únicamente a complementar las funciones principales de otros entes. Es decir, las funciones administrativas pueden ser principales o complementarias (en cuyo caso, se entiende, son transversales en toda la estructura estatal), pero sólo cuando sean de tipo principal, podrán encajarse dentro de la categoría de funciones públicas, como se verá a continuación.

Asimismo, la competencia es un elemento presente en toda actuación de la Administración pública. El Principio de legalidad implica que todos los sujetos públicos actúen en conformidad con las atribuciones legalmente impartidas, y por ello, toda actuación de la administración, sea leve o intensa,

³¹⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Op.Cit., pp. 81.

³¹⁹ GUERRA CRUZ, Guillermo. *Función Pública: el personal al servicio del Estado*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994, pp. 17.

³²⁰ NÚÑEZ BORJA, Humberto. Op.Cit., pp. 204.

³²¹ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 55.

complementaria o principal, debe estar sometida a las competencias explícitamente atribuidas para ello. En este sentido, la competencia caracteriza a las funciones públicas, precisamente porque es un componente necesario de toda función administrativa.

En cuanto al interés público, debemos adelantar que este elemento constituye la base de toda la actuación de la Administración. El interés público es el elemento que justifica todo el actuar de la Administración pública³²², entendido éste como la tutela de los requerimientos y necesidades de los ciudadanos en sociedad, para la maximización de sus beneficios legítimos en armonía con el orden público. Como se verá luego, las formas mediante las cuales la Administración busca la tutela de dicho interés público pueden ser diversas, pues mientras en algunos casos su atención puede ser directa y concreta, en otros casos será únicamente de manera indirecta y vagamente subyacente.

En resumen, las funciones administrativas implican la presencia de elementos tales como la naturaleza administrativa de la actividad (que puede ser principal o meramente complementaria de otras funciones), el ejercicio de ésta por un ente u órgano competente, y el interés público siempre presente en toda actuación de la Administración (ya sea de manera directa o indirecta). Pero cuando estemos ante una **actividad administrativa principal**, con la debida **competencia** asignada, que se destina a la satisfacción de un **interés público directo y concreto**, y a lo cual se le suma el **ejercicio de potestades públicas**, estaremos frente a lo que la doctrina ha pretendido señalar como las denominadas **“funciones públicas” de la Administración**. Ahora, procederemos a analizar cada uno de estos elementos de manera independiente.

2.3.2.3. Primer elemento: El carácter administrativo y principal de las actividades

Las funciones públicas son las funciones administrativas *principales* que, a su vez, se valen del uso de auténticas potestades públicas o ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus fines. Dichas funciones, según puede apreciarse de lo descrito por la doctrina, son actuaciones materiales, prácticas, y también jurídicas o decisorias. Existen otros elementos que se encuentran presentes en el contenido de las funciones públicas, que se verán luego, pero uno de ellos es precisamente la calidad de ser actuaciones materiales y/o decisorias, vinculadas a aspectos de naturaleza administrativa (es decir, de organización de la colectividad).

Sin embargo, no se trata de cualquier actuación administrativa, sino de actuaciones principales y protagónicas, es decir, de actuaciones cuyo principal objetivo es la administración directa de la sociedad y de los administrados, tal como vimos en el análisis de las funciones administrativas *principales*. Por ello, las funciones públicas implican una actuación administrativa (material y/o decisoria) de carácter principal y no complementario a otras funciones. Son funciones principales, como también lo son las funciones legislativa y jurisdiccional. En este sentido, las funciones públicas, si bien tienen naturaleza administrativa, su carácter no es transversal como en el caso de las funciones administrativas *complementarias*, sino que es *principal* y directo.

Como se ha podido advertir de las principales descripciones doctrinarias respecto a esta institución, las funciones públicas constituirían actuaciones estatales de carácter material y práctico, destinadas a

³²² El interés público, a su vez, constituye la base de la disciplina del Derecho administrativo, entendido éste como un sistema de normas que regulan la organización, funcionamiento, relaciones y actividades de la Administración pública y de los particulares cuando participan, colaboran o intervienen en la gestión pública. Y es que, si toda actuación de la Administración pública tiene su origen en la búsqueda de la satisfacción del interés público, es lógico que la disciplina normativa que regula dicho actuar también se justifique en aquel elemento. Revisar: SUÁREZ TAMAYO, David. “Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional”. En: *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*. Medellín, Vol. 11, N° 21, 2012, pp.41.

concretizar en el plano de los hechos las decisiones de las autoridades u organismos. De la misma manera, las funciones públicas también constituirían actuaciones jurídicas siempre y cuando estén dirigidas a determinar situaciones de índole administrativa, es decir, de directo alcance sobre la organización y desarrollo de los administrados, que no se refiera a decisiones para la impartición de justicia sobre tutela de derechos, o decisiones legislativas de alcance general. Son actuaciones administrativas, que pueden ser materiales y/o decisorias, y que están orientadas a la administración de la sociedad para la tutela directa del interés público de forma principal y no complementaria; es decir, son actuaciones cuya finalidad es la satisfacción directa de la población y que son realizadas de manera práctica, inmediata y directa.

Ahora, las funciones públicas, por estar delimitadas en actuaciones administrativas principales, su ejercicio únicamente puede ser realizado por quienes tengan como finalidad administrar directamente la sociedad, y por ende, es lógico que quienes se encarguen de ejercerlas sea efectivamente determinados entes de la Administración pública, tal como se indicó en el análisis de las funciones administrativas *principales*. Por ello, los encargados de ejercerla serán los organismos de la Administración pública que realizan actividad administrativa de forma principal, y que específicamente se encuentran en la estructura del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales, y algunos organismos constitucionales autónomos.

Las funciones públicas, si bien son actuaciones administrativas, poseen elementos específicos que hacen que su ejercicio siempre deba ser realizado por específicas entidades u organismos. Son actividades concretas y específicas, debidamente delimitadas que no tienen como fin acompañar o complementar otras actividades, sino que atienden a una finalidad concreta, y por ello únicamente pueden ser ejercidas por quienes la ley ha determinado expresamente como actores de dicha función en particular³²³.

Ahora, si bien las funciones públicas requieren tener un contenido administrativo y principal, ejercido por los entes de la Administración Pública cuyo fin es la atención directa de un interés público concreto y determinado, requieren también de la presencia de otros elementos vinculados a la facultad de incidir sobre determinadas situaciones jurídicas de los administrados. Y es que no toda actuación de la Administración pública, así sea de carácter principal, es necesariamente función pública, pues para ello es necesaria la concurrencia de los demás elementos a analizar, y dentro de los cuales están, precisamente, el ejercicio de funciones públicas de *potestad o autoridad*.

Ejemplos de funciones administrativas *principales* que no necesariamente se valen de potestades de autoridad para su concreción (que es el requisito principal de las funciones públicas) son, por ejemplo, las actividades de las Municipalidades para la instalación de Alumbrado Público, reparación de parques de recreación, mantenimiento de vías públicas, entre otras. Las funciones públicas deben

³²³ Atendiendo a ello, podemos señalar que las funciones públicas, en los términos de esta investigación, no son ejercidas por el Poder Legislativo, ni son de naturaleza legislativa. No cabe darle diferentes nombres a una sola función. La función legislativa es función legislativa. Si ocasionalmente algún órgano del Poder Legislativo ejerce una actuación material, estará realizando una función administrativa *complementaria* de las funciones principales que posee, pero ello no convierte dicha actividad en función pública administrativa, pues, como dijimos, las funciones públicas siempre son principales y no complementarias. Dicha actuación administrativa no sería función pública, y si se trata de una función principal, legislativa, pues es simplemente función legislativa, no habiendo necesidad alguna de utilizar términos indistintos y generar confusión. Y la misma lógica es aplicable al caso de la función jurisdiccional. La función pública tampoco es de naturaleza jurisdiccional, toda vez que no se utiliza la impartición de justicia en ningún caso. El hecho de que, en virtud de las potestades de la Administración se pueda aplicar medidas sancionadoras a los administrados (la potestad sancionadora de la Administración), no implica que la administración tenga un contenido jurisdiccional. La impartición de justicia únicamente le corresponde al Poder judicial, y eso se le llama función jurisdiccional, actividad diferente a la de administrar mediante potestades públicas los diferentes ámbitos de la sociedad, lo cual es función pública.

tener un carácter administrativo y principal, pero éste es uno de los tantos elementos que deben encontrarse presentes a la hora de trazar su contenido, los cuales seguiremos revisando a continuación.

2.3.2.4. Segundo elemento: La competencia del organismo o autoridad pública

Respecto al segundo elemento, el de la competencia del órgano, debemos comenzar señalando que, en efecto, toda actuación administrativa requiere estar previamente dotada de la competencia legal correspondiente. Todo ente, organismo, órgano, autoridad o funcionario de la Administración debe contar con la competencia que le permita actuar y realizar sus funciones. Sin competencia, el actuar de la Administración carece de eficacia jurídica y validez, y por ello, devendría en un actuar ilegítimo del Estado.

Nuestro ordenamiento exige que, para el ejercicio de cualquier potestad o realización de una actuación administrativa por parte de las entidades de la Administración Pública, así como para la exigencia del cumplimiento de obligaciones a los administrados, dichas facultades estén atribuidas o establecidas previa y expresamente por el ordenamiento jurídico vigente. La exigencia mencionada se encuentra contemplada de forma expresa en el acápite 1.1 del numeral 1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que recoge la observancia del Principio de Legalidad como una exigencia aplicable a toda actuación llevada a cabo por las entidades, órganos, y en general por todo sujeto de la Administración Pública. Al respecto, la norma citada establece lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, **dentro de las facultades que le estén atribuidas** y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (...).

[Subrayado y resaltado nuestro]

En lo referido a la vinculación existente entre el Principio de Legalidad y las actuaciones administrativas en general, García de Enterría y Fernández señalan lo siguiente:

El principio de legalidad de la Administración, (...), se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así, como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.³²⁴

De este modo, nuestro ordenamiento contempla que, para realizar sus actividades o actuaciones, y exigir el cumplimiento de obligaciones a los administrados, las entidades que conforman la Administración Pública dependen de la previa existencia de una habilitación normativa. Es decir, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado en virtud de una regla de derecho preexistente.

La Administración actúa las potestades y funciones que le han sido previamente atribuidas, y esta atribución tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Op.Cit., pp. 449.

legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio de legalidad, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar. Sin esta habilitación legal, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye³²⁵. Siendo esto así, podemos afirmar que toda función pública y administrativa se caracteriza por su competencia³²⁶, es decir, por el conjunto de atribuciones que cada uno de los órganos puede ejercer³²⁷.

La competencia, en el ámbito legal, y en específico en el ámbito del derecho público³²⁸, se configura jurídicamente como un deber-facultad³²⁹, que hace referencia al conjunto de funciones y atribuciones³³⁰ que le corresponden a una determinada entidad o autoridad pública³³¹, y que legalmente está facultada para ejercer³³². Morón Urbina señala, en este sentido, que la competencia es *la facultad para decidir válidamente sobre determinadas materias, adquirida por un órgano administrativo y que sólo puede tener por fundamento la Constitución o la ley*³³³. Se ha dicho, así, que la competencia viene definida como un conjunto de facultades, de poderes, de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás³³⁴. Son específicamente las medidas que posee el organismo administrativo para el ejercicio de las atribuciones conferidas por el derecho objetivo³³⁵. La competencia es, entonces, la facultad o aptitud legal de obrar de la autoridad, entidad u órgano administrativo.

En nuestro ordenamiento jurídico, la competencia de las entidades siempre será explícita, es decir, siempre deberá mediar una ley que atribuya explícitamente, a cierta entidad, la competencia para realizar las funciones asignadas, de conformidad con el artículo 70 del TUO de la LPAG (exceptuando los casos de presunción de competencia desconcentrada regulada en el artículo 62 de

³²⁵ *Ibidem*, pp. 485-486.

³²⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Op.Cit.*, pp. 257.

³²⁷ DIEZ, Manuel María. *Op.Cit.*, pp. 482.

³²⁸ El concepto de competencia, propio del derecho público, se dice, sería análogo al de capacidad en el derecho privado. Sin embargo, debe repararse que, mientras que en el derecho privado la capacidad constituye siempre la regla general y posee presunción, la competencia de los órganos, entidades o autoridades no se presume y debe estar siempre otorgada en forma expresa por una norma jurídica. No obstante, algunos autores consideran que esta última diferenciación no viene al caso, en la medida en que la comparación primera estaría mal formulada. Así, según Cassagne, la comparación de la competencia no puede realizarse con la capacidad de las personas físicas, pero sí con la de las personas jurídicas, en la medida en que ambas instituciones tendrían en común la aplicación del principio de especialidad. Una vez determinada la especialidad del órgano (por ley), y dentro de sus límites, la competencia sería la regla. Y finaliza señalando que, en todo caso, la diferencia existente entre capacidad y competencia está en que, mientras el ejercicio de la primera cae dentro del arbitrio de su titular, el ejercicio de la competencia es, por principio, obligatoria. En: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Op.Cit.*, pp. 258; GORDILLO, Agustín. *Op.Cit.*, XII-8 – XII-9; y, CASSAGNE, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 271-272.

³²⁹ La competencia tendría como caracteres fundamentales el ser objetiva, obligatoria, improrrogable, e irrenunciable. En: *Ibidem*, pp. 272.

³³⁰ Este conjunto de atribuciones legales determina la capacidad legal de la entidad o autoridad administrativa, capacidad que, en el derecho administrativo, precisamente, se denomina competencia, y que es lo que verdaderamente caracteriza una repartición (o entidad) administrativa y la distingue de otra. A su vez, Cassagne advierte que la doctrina no ha sido pacífica al momento de hacer referencia a los conceptos de “competencia” y “atribuciones”, pues en la tarea de trazar sus delimitaciones, no se ha especificado cuál de los conceptos sería genérico y cuál sería específico. En: MARIENHOFF, Miguel S. *Op.Cit.*, pp. 541-542; y, CASSAGNE, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 270.

³³¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 2014, 23° ed. Consultado en: <http://dle.rae.es/?id=A0fanvTjA0gTnnL>

³³² GORDILLO, Agustín. *Op.Cit.*, XII-7; y, VELEZ MUNERA, Alejandro. *Competencia y Jurisdicción Administrativa*. Tesis de grado para el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socio-económicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1979, pp. 60.

³³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 10° ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 337.

³³⁴ MUÑOS MACHADO, Santiago. *Op.Cit.*, pp. 636.

³³⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Op.Cit.*, pp. 257.

la referida norma³³⁶). Asimismo, la competencia constituye un requisito de validez de los actos administrativos, según el numeral 1 del artículo 3 del TUO de la LPAG.

Cabe preguntarnos lo siguiente: ¿es la competencia un requisito legal únicamente exigido para ciertos entes, autoridades o funcionarios públicos? De una lectura del Principio de Legalidad recogido en el TUO de la LPAG, podemos advertir que se hace expresa referencia a “*Las autoridades administrativas (...)*”, de modo tal que podría caber alguna interpretación que sólo vincule la exigencia de una atribución legal de funciones y competencias a quienes ostentan el título de “autoridades públicas”. No obstante, consideramos que esta interpretación es errónea, toda vez que la competencia y la legalidad constituyen una exigencia para absolutamente toda actuación de la Administración.

No puede haber margen de actuación administrativa que escape de esta exigencia, pues admitir lo contrario daría cabida a eventuales actuaciones arbitrarias e ilegítimas. Las denominadas competencias “implícitas” de la Administración, reconocidas por la doctrina, no implican la posibilidad de que las entidades realicen actividades sin ninguna competencia previa, sino que se debe a los casos en los que, previamente asignada una determinada competencia por ley, se entiende que esta competencia también habilita a realizar algunas actuaciones directamente involucradas con las facultades atribuidas, por ser necesarias.

En este sentido, las competencias implícitas serán aquellas derivadas de la atribución de otra competencia asignada expresa y previamente al mismo órgano, y que son necesarias para la concreción de esa competencia expresa³³⁷. Por lo tanto, siempre habrá una competencia previa, pero en algunos casos, dicha competencia no señala expresamente todas las actuaciones involucradas en el específico actuar de la administración, de modo tal que se puede entender la existencia de algunas atribuciones que se desprenden directamente de la competencia expresa y que se justifican en la necesidad de cumplir con los deberes legalmente atribuidos.

Los casos de presunción de competencia desconcentrada tampoco desvirtúan lo señalado, pues éstas se refieren únicamente a los casos en los que la norma no es clara en cuanto a qué órgano recae el ejercicio de la competencia ya atribuida legalmente por aquella. Muy diferente es el caso de las potestades inherentes y discrecionales de la Administración, lo cual será revisado en la siguiente sección, pues se trata de dos elementos diferentes que no deben ser confundidos: potestad no es igual a competencia, toda vez que toda actuación administrativa, si bien requiere ser ejercida competentemente, no necesariamente lleva aparejada el despliegue de una potestad pública.

Por lo tanto, la referencia a las “autoridades” hecha por el TUO de la LPAG al momento de desarrollar el Principio de Legalidad no debe entenderse como una exigencia en exclusividad de ciertos funcionarios públicos, sino como un requisito desplegado en toda actuación o acción de la Administración³³⁸ sin excepción alguna. Sería un sinsentido pretender que sólo ciertas entidades o

³³⁶ Artículo 71. - Presunción de competencia desconcentrada 71.1 Cuando una norma atribuya a una entidad alguna competencia o facultad sin especificar que órganos a su interior debe ejercerla, debe entenderse que corresponde al órgano de inferior jerarquía de función más similar vinculada a ella en razón de la materia y de territorios, y, en caso de existir varios órganos posibles, al superior jerárquico común. 71.2 Particularmente compete a estos órganos resolver los asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos con normas expresas o asuntos tales como certificaciones, inscripciones, remisiones al archivo, notificaciones, expedición de copias certificadas de documentos, comunicaciones o la devolución de documentos. 71.3 Cada entidad es competente para realizar tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos.

³³⁷ Así, por ejemplo, sucederá cuando una norma atribuye competencia a un órgano para dictar un determinado tipo de acto, se asume que ese mismo órgano tiene la competencia para modificarlo, aunque el ordenamiento no indique expresamente esa facultad. En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 338.

³³⁸ *Ibidem*, pp. 63.

sujetos públicos se adecúen a esta exigencia legal, toda vez que el Principio de Legalidad obliga a que la Administración, en general y no en partes, actúen siempre sometida a la legalidad, y por ello, que actúe siempre en la línea de las facultades expresa y previamente atribuidas por ley. La competencia es para toda la Administración, y no sólo para determinados sujetos públicos.

Ahora, pese a esta definición legal y terminológica, es de notar que doctrinalmente se han diferenciado los conceptos de “*competencia*” y “*función*”, siendo diferente “el ejercicio de la competencia” al “ejercicio mismo de una función”. Como indica Gordillo, no debe confundirse la competencia con la “aptitud de obrar” de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano”. La competencia, dice, no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino *sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar*³³⁹. Por lo tanto, la competencia no es una “aptitud de obrar”, que sería la función investida normativamente al órgano o entidad, sino una “aptitud legal de obrar”.

El ejercicio de la función sería, según Gordillo, diferente al ejercicio de la competencia; el primero sería un género, y el segundo sería una especie (coincidimos en que ambos elementos son diferentes, pero no compartimos la distinción en cuanto a una relación de género-especie, como se verá en la sección 3.3.2.1. del Capítulo tercero). Así, para que un acto sea válido, además de que tenga que realizarse dentro de la función asignada al órgano o entidad, debe ser realizado dentro de la competencia igualmente conferida. Es decir, la norma atribuye una función a un determinado órgano, para que dichas funciones sean legítimamente ejercidas dentro de una determinada competencia. Si dicha función, asignada por ley, es realizada sin contar con la debida competencia, la actuación será irregular, inválida, pero seguirá siendo una actuación atribuible a la funcionalidad del órgano que la realiza³⁴⁰, toda vez que, *la competencia condiciona la validez del acto, pero no la condición propia como acto estatal o no*³⁴¹.

La competencia está vinculada al concepto de legitimidad. Una entidad u órgano tiene, por norma, funciones debidamente asignadas que debe desempeñar, y para ello, requiere a su vez de una competencia que determine, exactamente, bajo qué supuestos y escenarios dichas funciones podrán ser ejercidas por las respectivas entidades u órganos. En este sentido, la competencia legitima el ejercicio de una actividad por parte de un órgano de la Administración. Por ende, las funciones públicas son realizadas por los agentes del Estado, mediante la acción de órganos y autoridades que ordenan y ejecutan en sus respectivos ámbitos de competencia³⁴².

Es importante señalar, en la línea de Velez Munera, que no se trata solo de atribuciones³⁴³ que deben ser realizadas por un determinado organismo o autoridad, sino de atribuciones que legítimamente

³³⁹ GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XII-11.

³⁴⁰ Esto quiere decir que podrán existir actuaciones públicas que, si bien tienen la calidad de ser de carácter estatal, serán actuaciones estatales irregulares si no han sido realizadas por quien posea la competencia correspondiente. Por ejemplo, un acto administrativo dictado sin el requisito de la competencia es un acto irregular y carente de validez, pero aun así sigue siendo un acto del Estado pese a que no produzca ningún efecto jurídico. De este modo, si la actuación se realiza fuera de la competencia, podrá ser una actuación irregular, evento en el cual no obstante ser contrario a la regla, conservará el carácter estatal por la función que el órgano o entidad correspondiente pueda tener asignada; pero no será una actuación legítima. La competencia implica que una determinada actuación pública está siendo ejercida legítimamente por quien le corresponde. Revisar: VELEZ MUNERA, Alejandro. Op.Cit., pp. 60.

³⁴¹ GORDILLO, Agustín. Loc.Cit.

³⁴² BIELSA, Rafael. Op.Cit., pp. 458.

³⁴³ SALAZAR realiza una precisión respecto al concepto de atribuciones, que, si bien no es determinante, puede ser útil didácticamente. Señala que las atribuciones son cada una de las facultades específicas que puede ejercer el organismo, órgano o persona-órgano al manifestar su competencia. La competencia estaría constituida por un conjunto de atribuciones, que son las facultades que específicamente se pueden ejercer al activar la competencia. SALAZAR,

realiza³⁴⁴, y esta legitimidad se consigue cuando dichas atribuciones o funciones son ejercidas competentemente. En efecto, no negamos que la competencia sea un conjunto de atribuciones o funciones. De hecho, lo es. Pero se trata de una verdad a medias, toda vez que la competencia está directamente relacionada con la legitimidad en la actuación de dichas atribuciones o funciones, más que con el contenido de éstas.

Las competencias no son implícitas, sino explícitas según nuestro ordenamiento legal vigente (artículo 70 del TUO de la LPAG), y por ello la ley es la que legitima a una determinada entidad o autoridad para hacerla competente en la tarea de desempeñar ciertas funciones, tal como fue explicado líneas arriba. Ahora, ¿es la competencia susceptible de ser trasladada? ¿Qué es lo que se traslada mediante el EPCA, una competencia o una función, o ambos? Estas interrogantes, si bien serán resueltas en la sección correspondiente, acentúan su relevancia si nos fijamos que en el TUO de la LPAG existe un apartado específico llamado “delegación de competencia”, regulado en el artículo 76, en el que se señala que las entidades pueden *delegar* el ejercicio de competencia conferida a sus órganos a otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

No obstante, al revisar el concepto mismo de “entidad”, recogido en el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, podemos notar que éste hace referencia, entre otras, a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Es decir, la delegación de competencia del artículo 76 estaría vinculada también a una posible delegación de funciones administrativas (y funciones públicas, aspecto omitido por la norma), pese a que esto último no esté expresamente regulado como tal, y pese a que, en virtud de lo dicho, una delegación de competencia estaría principalmente ligada a un elemento de legitimación, y no tanto al contenido mismo de una actividad, que sería propio de una delegación de función.

La solución a esta interrogante será realizada en el punto 3.3.2.1 del Capítulo Tercero, pero sin perjuicio de ello, podemos adelantar que se trata de una “delegación de funciones competentemente atribuidas”. No se trata sólo de funciones, ni tampoco sólo de competencias, sino precisamente de funciones cuyo ejercicio es realizado, en principio, por quienes son competentes para ello, y excepcionalmente, por quienes las reciben por delegación (con la competencia latente en el delegante)³⁴⁵. Por lo tanto, la competencia es un elemento jurídico que caracteriza y legitima a toda actuación de la Administración pública, y por ello, se trata de un elemento que debe estar necesariamente presente en toda manifestación de función administrativa y función pública.

2.3.2.5. Tercer elemento: El interés público directo y concreto

El siguiente elemento a abordar es el del interés público subyacente a la función. Para ello, consideramos pertinente hacer una breve explicación sobre qué es exactamente el “interés público”, toda vez que no podemos mencionar deliberadamente que éste constituye un elemento estructural

Ricardo. “Proyecciones para la Función Administrativa y la Administración Pública en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 2, N° 3, 2007, pp. 203.

³⁴⁴ VELEZ MUNERA, Alejandro. Loc.Cit.

³⁴⁵ Claro está, dicho esquema no implica una afirmación respecto a la posibilidad de que se pueda utilizar el mecanismo de “delegación de competencias” para trasladar dichos elementos a la esfera de ejercicio de los particulares. Lo que hemos descrito es el mecanismo de la delegación en cuanto a una relación entre entes públicos, y la eventual aplicación de esta fórmula a las relaciones con los privados es un aspecto que será debidamente abordado en la sección 3.3 del Capítulo Tercero.

del concepto de función pública sin atender previamente a su contenido, ya de por sí complejo y ambiguo.

El concepto de interés público, desde un comienzo, denota una noción muy abstracta e indeterminada, pero pese a ello, es el fundamento de toda la estructura de la Administración Pública y poderes públicos, y de la misma disciplina del Derecho administrativo, de forma tal que resulta necesario hacer algunas precisiones sobre su concepto. El interés, como concepto aislado, supone la existencia de un elemento, que puede ser una cosa o un bien, y que es importante para una persona, toda vez que le representaría un valor, un provecho o una utilidad³⁴⁶. El concepto de interés pertenece en primer término a la esfera psíquica del individuo, y de ahí trasciende a la esfera social³⁴⁷. Este interés, de connotación individualista, pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas, sino cuando participan en el mismo un número de individuos que pueden ser identificados como todo el grupo de una comunidad³⁴⁸.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento 33 de su sentencia³⁴⁹ del caso discoteca “Taj Mahal” de junio de 2004, que el “interés público” es el conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de ciudadanos estima o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social. No es la suma o agregación de intereses individuales³⁵⁰, sino de todos en conjunto, como un ente común. Es de contenido concreto, actual, variable en función al contexto y de directo aprovechamiento por parte de la colectividad³⁵¹. Esta última precisión fue ya destacada en su momento por el jurista alemán Hartmut Maurer, quien señaló que los intereses públicos no son inmutables, sino que cambian a lo largo del tiempo y son a menudo objeto de controversia en cada momento histórico.

El interés público es, ante todo, un concepto de contenido jurídico. Como bien señala Schmidt-Assmann, el derecho protege intereses, valora intereses y regula mediante reglas la composición de intereses. El interés es, en consecuencia, un objeto central del pensamiento jurídico, pese a que no constituye en sí mismo un concepto normativo³⁵². Existen intereses que le corresponden a grupos humanos numerosos, pero no por ello estos deberán ser catalogados necesariamente como intereses públicos.

Y es que, en efecto, puede tratarse de intereses meramente sociales, de un grupo de la colectividad, que generalmente pertenecen a sectores socio-económicos desventajosos, y sobre los cuales el Estado utiliza medidas asistenciales. También podría tratarse de intereses abstractos del pueblo, que son presuntos intereses públicos que el Estado asume que son necesarios, sin una comprobación previa.

³⁴⁶ ESCOLA, Héctor. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989, pp. 237.

³⁴⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 160.

³⁴⁸ ESCOLA, Héctor. Op.Cit., pp. 238.

³⁴⁹ STC N° 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio de 2004. Recurso extraordinario interpuesto por “Taj Mahal Discoteque” y otra contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín que declara fundada la excepción de caducidad y concluido el proceso.

³⁵⁰ Coherentemente con esta afirmación, Nieto ya había trazada hace muchos años la inviabilidad de una concepción del interés público como mera suma de los intereses individuales. Así, señala el autor, respecto al Derecho administrativo, que el mismo constituye una respuesta de técnica jurídica –y de técnica sustancial, no meramente formal- a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de unos intereses colectivos que no son la suma de los intereses individuales. En: NIETO, Alejandro. “La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 76, 1975, pp. 19.

³⁵¹ Esta última precisión fue ya destacada en su momento por Hartmut Maurer, quien señaló que los intereses públicos no son inmutables, sino que cambian a lo largo del tiempo y son a menudo objeto de controversia en cada momento histórico. En: MAURER, Hartmut. Op.Cit., pp. 50.

³⁵² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 159.

E incluso puede tratarse de intereses exclusivos del Estado que, como veremos más adelante, son específicos de la Administración y responden únicamente a sus fines del corto plazo.

A su vez, muchas veces se han utilizado indistintamente las nociones de interés general e interés público. Esto no estaría mal, pues el interés público es la concepción jurídica que se realiza del interés general, que es un concepto más multidisciplinario. Se trata de formas de hacer referencia a un mismo supuesto desde las ópticas de diferentes disciplinas relacionadas. Así, mientras el interés general es un concepto que se utiliza en distintas ciencias sociales, el interés público es un concepto más enfocado en el ámbito jurídico-político. El interés general es el interés de todos, es el interés de la comunidad, del conjunto, de la sociedad. En cambio, el interés público es un concepto más reducido, y que atiende específicamente al interés que debe estar presente en la actuación de los poderes públicos, que ha de tender al interés general³⁵³.

Jaime Rodríguez-Arana señala, al respecto, que el interés general se refiere a aspectos conectados con las necesidades públicas, colectivas, de los ciudadanos, como la educación y la sanidad, que no es el interés de una parte de la sociedad, sino de todos como conjunto³⁵⁴. No obstante, si bien el interés general es un concepto más amplio que el de interés público (no por su contenido, sino por ser de uso multidisciplinario), cuando hoy en día se utiliza el concepto de interés público en el marco del Derecho administrativo, se entiende que a la misma vez se hace referencia de manera ordinaria al interés general³⁵⁵, como una especie de sinónimos, sin que deba haber mayor confusión al respecto.

Cabe mencionar, como nota importante, que el interés público no elimina el interés individual. Si bien estos conceptos no coinciden en la gran mayoría de casos, no llegan a ser excluyentes como si fueran dos cosas sustancialmente diferentes, pues como bien menciona Escola, *los individuos que no reconocen en un interés público su propio interés individual, quedan constreñidos a aceptarlo y a contribuir incluso a su obtención sobre la base de una igualdad de posibilidades y obligaciones, ya que otros intereses públicos en los que tales individuos reconocen su propio interés individual, les es impuestos a otros individuos que no participan de ellos*³⁵⁶. Esto quiere decir que el interés público siempre va a sobreponerse al interés meramente privado, pero sin llegar a una eliminación del mismo, toda vez que los sujetos que ven su interés individual limitado tienen, todavía, el potencial de verse beneficiados con otras actividades de interés público, bajo lo que se denomina el *Principio de igual distribución y participación en los efectos*³⁵⁷.

Ahora, como mencionamos anteriormente, no todas las actividades realizadas por el Estado o por la Administración atienden un interés público en idénticas intensidades. Si bien el interés público es base de toda actuación de la Administración pública, y por ello, siempre estará presente en cada manifestación administrativa, dicha presencia no siempre es fácil de identificar pues muchas veces la tutela de dicho interés puede ser sólo indirecta y vagamente subyacente.

En efecto, existirán actividades que realice el Estado únicamente para la satisfacción de sus propios fines, como Estado, o como Administración, actividades que atienden únicamente al denominado “interés del Estado”. Por ejemplo, la compra de muebles o artefactos de oficina, la aplicación de políticas de reducción del gasto, o cualquier otra operación logística o material que sea sólo para la atención de requerimientos internos (a través de los conocidos actos de administración interna). De

³⁵³ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Interés general, Derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Editorial Justel, 2012, pp. 143-144.

³⁵⁴ Ídem.

³⁵⁵ Ibídem, pp. 145.

³⁵⁶ ESCOLA, Héctor. *Op.Cit.*, pp. 239-240.

³⁵⁷ Ídem.

la misma manera, también habrá actividades realizadas por la Administración, de cara a los administrados, que solo constituyan operaciones materiales de mero trámite, y que no impliquen alguna facultad decisoria o algún despliegue de prerrogativas específicas. Un ejemplo de ello es la atención en las mesas de parte de las entidades públicas, o la atención vía telefónica a los ciudadanos para consultas sobre expedientes o trámites en proceso, o la realización de notificaciones relativas a recursos y procedimientos administrativos en general, entre otras.

En las funciones de requerimientos internos de la administración y de actuaciones de trámite frente a los administrados existe evidentemente un actuar público, del Estado, de la Administración; o, en otras palabras, una función estatal, administrativa, y por ello necesariamente habrá un interés público que las justifique. Sin embargo, en todos estos casos la identificación del contenido mismo de dicho interés público es difícil de identificar. Sabemos que existe un interés público que legitima la actuación administrativa en todos estos casos, pero dichas actuaciones resultan tan superfluas, simples y cotidianas que terminan “invisibilizando” el interés público que las motiva.

En efecto, el interés público que podría estar detrás de todas estas actuaciones, por ejemplo, sería el de contar con mejores instrumentos materiales y organizativos para que las entidades de la Administración pública atiendan de mejor manera las necesidades de los administrados, o el de agilizar las solicitudes y/o requerimientos de éstos para que las respectivas autoridades tutelen los diferentes casos presentados conforme al ordenamiento.

El interés público estará presente, pero de manera indirecta y vagamente identificado: el interés público es base de toda actuación administrativa, de toda función de ésta, pero no siempre será un interés directo y concreto, sino que su tutela podrá ser meramente indirecta (precisamente, en los casos de actos de administración interna o de mero trámite). Ahora, si bien en todos estos casos estamos ante la presencia de funciones administrativas, debemos señalar que únicamente la existencia de un interés público de directa tutela determina la presencia de una auténtica función pública, junto a los otros elementos señalados y por señalar.

Siempre habrá un interés público subyacente, ya sea directo o indirecto. Eso no queda duda. No obstante, las funciones administrativas pueden no estar dirigidas a atender un interés público directo y concreto en los términos que venimos haciendo uso para definir dicho concepto. En cambio, las funciones públicas, en virtud de la doctrina citada anteriormente, siempre deben atender a la satisfacción de un interés público directo, pues es dicha finalidad la que se condice con el carácter *principal* de las actividades ejercidas y la que justifica el uso de potestades o prerrogativas públicas.

Si el interés público no fuera concreto, debidamente identificado y de tutela directa, no habría justificación alguna para que las actuaciones administrativas involucren necesariamente la adopción de potestades públicas. Los actos de administración interna, auténticas funciones administrativas, no requieren el despliegue de potestades públicas o ejercicio de autoridad, en el sentido de una real incidencia sobre la esfera jurídica y material de los administrados.

Siendo esto así, la única razón que motivaría el despliegue de dichos poderes es la presencia de concretos intereses públicos que deban ser eficazmente tutelados mediante instrumentos administrativos de directo alcance, y para que dicha actuación sea eficaz, se ve por necesario dotar a los ejercientes de estas funciones de poderes y potestades públicas que así lo permitan. Por lo tanto, las funciones públicas están destinadas siempre a la atención de un interés público concreto y

directo³⁵⁸, y no a la satisfacción de requerimientos meramente administrativos o estatales, o a la tramitación y actuación logística de los asuntos de los administrados, en los que el interés público es únicamente tutelado de forma indirecta.

2.3.2.6. Cuarto elemento: El ejercicio de potestades, poderes, prerrogativas públicas o autoridad

El cuarto elemento es el que, a nuestro criterio y en virtud de las principales definiciones de la doctrina citadas con anterioridad, caracteriza de mejor manera a las funciones públicas, y está relacionado específicamente al despliegue de potestades públicas y/o ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. El ejercicio de funciones públicas involucra el despliegue de poderes, potestades, prerrogativas públicas, o autoridad, elementos que, como señalamos en su oportunidad, se desprenden de la “soberanía” misma del Estado, y son estos componentes los que trazan la verdadera delimitación de las funciones públicas respecto al género de las funciones administrativas (en las que la actuación administrativa es principal).

Existen expresiones estatales que difieren en su relevancia de cara al interés público, y por ello se entiende que no todas las actuaciones estatales deban de igual manera conllevar el mismo nivel de poder intrínseco en ellas. Cuando la actividad administrativa y principal atienda a un fin superior, a un interés público directo, concreto y debidamente identificado, es decir, a un objetivo que indudablemente implique la toma de decisiones o la ejecución de mandatos o políticas que conlleven una afectación directa sobre la situación y/u objetos de los administrados (en suma, sobre sus libertades y derechos) estaremos ante actuaciones cargadas de potestades o poderes públicos.

Como bien señala Cassagne, la función es actividad estatal genéricamente considerada, y dentro de cada función es posible separar las tareas o actividades concretas (cometidos) que tenga asignadas cada órgano estatal. Las funciones de la Administración están dirigidas a cumplir determinadas tareas, cometidos u objetivos trazados por las autoridades. En este sentido, y en la línea de la distinción considerada por Gallego Anabitarte³⁵⁹, se entiende que, para poder realizar esas funciones y sus cometidos, resulta necesario que la Administración pública disponga de “poderes”, “prerrogativas” o “potestades” para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado.

Estas potestades no nacen de la libre voluntad de la Administración, sino que emanan del poder otorgado por el pueblo y que se traduce en disposiciones constitucionales y legales. Las potestades vienen concedidas a la Administración por el ordenamiento jurídico, pues, en tanto son poderes jurídicos, es el derecho objetivo el que debe conferirlos expresamente a los organismos del Estado, atendiendo siempre al principio de legalidad (tomando en cuenta los supuestos de potestades implícitas o inherentes)³⁶⁰. La potestad estatal, entonces, consistirá en un poder de actuación que,

³⁵⁸ En este sentido, se viene señalando que, cualquier enfoque o consideración de la función pública que se pretenda efectuar, ya sea en su sentido amplio o restringido, siempre estará orientado a un actuar destinado a la satisfacción de objetivos y finalidades de interés público. En: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Op.Cit.*, pp. 89-90.

³⁵⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ana de Marcos Fernández. *Derecho Administrativo I: materiales*. Madrid: Artes Gráficas Cofás, 1989, pp. 95. Cita original de: PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudios, comentarios y textos de Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 95.

³⁶⁰ Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, si bien toda atribución de potestades ha de ser, en principio expresa, esta regla general tiene su excepción en las denominadas “potestades implícitas o inherentes”. Esto no quiere decir que las potestades administrativas sean o puedan ser algo fuera de la ley, pues ello sería un absurdo jurídico en tanto vulneraría el mismo principio de legalidad que rige el actuar de la Administración pública. Su existencia se justifica en los casos en los que la misma atribución explícita de potestades conduzca a soluciones deficientes o nulas, es decir, cuando la misma potestad explícitamente atribuida no tutele el interés público llamado a satisfacer por el reducido alcance de dicha potestad. En palabras de los referidos autores: La ampliación de los términos de la norma que atribuya

ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos³⁶¹.

Tal como indicamos el inicio del presente capítulo, estas “potestades”, “prerrogativas” o “poderes”, junto con otro elemento conocido como la “autoridad”, son precisamente los componentes que permiten incidir sobre la esfera jurídica de los administrados, ya sea en forma de una actuación de mando, o en forma de una decisión, respectivamente. Es la posibilidad de incidir forzosamente sobre la situación jurídica de los ciudadanos la que caracteriza a estos elementos derivados de la soberanía del Estado. Como bien señala Boquera Oliver, el poder público es la posibilidad de crear e imponer unilateralmente efectos jurídicos, es decir, *la posibilidad que tiene una persona de crear e imputar situaciones jurídicas a otras personas, sin necesidad de que éstas lo consientan*³⁶².

En definitiva, lo dicho permite apreciar que las funciones públicas tienen una peculiaridad específica que las delimita dentro del universo de formas de actuación de la Administración pública. Si la administración puede expresarse mediante diferentes niveles de intensidad, y para la atención de fines de mayor o menor relevancia pública, deberemos encuadrar a las funciones públicas dentro de las actuaciones más intensas de la Administración por estar dirigidas a un directo fin de interés público, lo cual indudablemente obliga a que estas funciones conlleven los elementos soberanos que les permita procurarse la debida eficacia jurídica que el ordenamiento les exige.

Las funciones públicas se caracterizan, entonces, por las potestades y poderes públicos que involucran en su accionar, y de ello deriva que toda actuación de la Administración pública, de naturaleza principal y no complementaria, y que involucre la adopción de estas potestades concretas, será siempre expresión de una auténtica función pública del Estado. Ahora, si bien la facultad para legislar e impartir justicia son funciones que involucran también el ejercicio de poderes públicos soberanos, ello se debe a que dicha facultad no es excluyente para el caso de las funciones públicas. En efecto, la soberanía es del Estado, y ésta, junto con sus elementos, se despliega en los tres principales ámbitos que conforman su estructura (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), así como también en los gobiernos descentralizados y los OCAS.

Esto quiere decir que si la soberanía del Estado se “distribuye” en todos los Sujetos-Poderes, como el ejecutivo, legislativo y judicial, así como en los demás organismos y gobiernos descentralizados, los

potestades sólo puede hacerse cuando de otra forma se llegue a una solución absurda o que deje sin contenido real la propia potestad. Se trata, en definitiva, de vincular este concepto al principio general de interpretación que postula la eficacia de la norma, con lo cual se niega, de entrada, su aplicación generalizada a todo tipo de atribución de potestades, de forma tal que las potestades inherentes sea siempre una excepción a la que se acude cuando la regla general no resulta suficiente. En: VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis Villar Ezcurra. *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1985, pp. 11-17.

³⁶¹ El concepto técnico de potestad se logra a través de su contraste con el Derecho subjetivo, pues si bien ambos tienen la particularidad común de pertenecer al género de los “poderes públicos”, tienen diferencias específicas que los delimitan: i) la potestad no nace de relación jurídica alguna, sino del ordenamiento jurídico, que la disciplina y regula (su origen es abstracto); ii) la potestad no versa sobre contenidos específicos determinados, sino que tiene un objeto genérico, no consistiendo en una prestación individual sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio y como consecuencia de su titularidad puedan devenir relaciones jurídicas particulares; y, iii) no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan. Ver: CASSAGNE, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 146-147; y, VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis Villar Ezcurra. *Op.Cit.*, pp. 08-10.

³⁶² BOQUERA OLIVER, José María. *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pp. 24. De igual forma, en otra publicación, Boquera Oliver indica que la potestad jurídico-administrativa es la posibilidad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya eficacia descansa en la presunción iuris tantum de que son conformes con el ordenamiento jurídico. En: BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1982, pp. 25.

elementos derivados de dicha soberanía (potestades) también se distribuirán en todas esas entidades. Las potestades o prerrogativas públicas caracterizan a las funciones públicas, mas no de manera exclusiva.

En este sentido, el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales, y algunos organismos constitucionales autónomos, realizan las funciones públicas en virtud de la soberanía del Estado que igualmente poseen los otros dos Sujetos-Poderes. Sin embargo, la diferencia está en que las funciones públicas, como dijimos, no están destinadas a legislar o impartir justicia, sino a administrar la sociedad, con lo cual se trataría entonces de una diferente forma de ejercer la soberanía y las potestades públicas desprendidas de ésta.

Ahora, ¿qué sucede en los casos en los que existen funciones administrativas *complementarias* y transversales en concurrencia con el ejercicio de autoridad en el resto de entes del Estado? Al respecto, si bien las funciones públicas implican el despliegue de potestades públicas o ejercicio de autoridad, siempre estarán limitadas a las actuaciones administrativas de carácter *principal*, ejercidas por los organismos de la Administración pública que realicen actividad administrativa por excelencia (de forma principal).

Nada obsta a que los demás organismos de la Administración pública que realizan función administrativa de forma complementaria (como los órganos del Poder Legislativo o Poder Judicial³⁶³) realicen dicha función administrativa *complementaria* de la mano de algunos poderes o ejercicios de autoridad para dicho actuar. Como señalamos, los poderes derivados de la soberanía están presentes en toda la estructura del Estado, y la función administrativa también. Por ello, no es extraño que ambos elementos puedan estar presentes en una determinada actuación.

Pero en todos estos casos, dicha actuación es únicamente función administrativa *complementaria*, y las potestades involucradas son únicamente expresión de las facultades concedidas constitucionalmente a cada Sujeto-Poder estatal. Y es únicamente función administrativa porque en todos estos casos será sólo una función complementaria a las funciones principales de estos Sujetos-Poderes. Dichas funciones administrativas no están siendo ejercidas por organismos de la Administración Pública que realicen actividad administrativa de forma *principal* y por excelencia, sino por órganos de la Administración que ejercen esta actividad de forma *complementaria*.

Si bien es posible identificar supuestos de ejercicio de función administrativa mediante el uso de potestades o ejercicio de autoridad en los Poderes Legislativo y Jurisdiccional, dicha función será siempre función administrativa al no provenir de los organismos que realizan actividad administrativa por excelencia y de forma principal (es decir, por parte de los organismos del Poder Ejecutivo, gobiernos descentralizados y algunos OCAS). Por ello, el hecho de que en los Poderes legislativo y

³⁶³ Por un lado, cuando el Congreso emite una ley, está realizando una función legislativa, que involucra el ejercicio de un poder o potestad pública. Pero cuando el Congreso decide crear comisiones investigadoras, no está realizando una función propiamente legislativa, sino una función administrativa. De igual manera cuando algunos de sus órganos internos atienden solicitudes de acceso a la información pública, lo cual también es función administrativa. De otro lado, cuando el Poder Judicial resuelve una controversia entre demandantes y demandados, está ejerciendo una función jurisdiccional, que involucra evidentemente el ejercicio de un poder público. Pero cuando los órganos correspondientes del Poder Judicial deciden remover funcionarios, no están ejerciendo función jurisdiccional, sino únicamente función administrativa. De la misma manera, cuando la mesa de partes de un Juzgado atiende y recibe un escrito, no está realizando función jurisdiccional, sino únicamente administrativa. En todos estos casos, se puede ver que los Poderes pueden realizar funciones de soporte a sus funciones principales. Así, como se vio, las funciones principales (por ejemplo, la legislativa y jurisdiccional) sí requieren el despliegue de poderes públicos, pero las funciones de soporte (funciones administrativas) no necesariamente: la función administrativa de designación de comisiones y remoción de funcionarios implican ciertas potestades públicas, pero la entrega de información solicitada y la recepción de documentación no involucran el uso de poder alguno. Aun así, ambas son funciones administrativas.

Jurisdiccional existan funciones administrativas que complementen sus funciones principales, y que, dentro de esas funciones administrativas, algunas puedan implicar el despliegue de ciertas potestades, no las convierte en funciones públicas, toda vez que, como señalamos, dichas funciones de carácter administrativo no son principales, y el interés público tutelado tampoco es uno concreto ni fácilmente identificable.

Por lo tanto, debemos evitar confundir escenarios. La existencia de una función de naturaleza administrativa, aun cuando conlleve la utilización de potestades públicas, no será necesariamente una función público-administrativa, pues dicha función tiene que ser siempre de objeto principal, directo, y también lo será el interés público tutelado por ésta. Y si es principal, entonces no está siendo ejercida por el Poder legislativo o el jurisdiccional, sino por los organismos de la Administración pública que realicen actividad administrativa de forma principal y por excelencia.

De lo anterior, podemos concluir que las funciones públicas constituyen actividades realizadas por determinados entes de la Administración Pública destinadas a administrar y dirigir la sociedad de forma principal y no complementaria. Estas actividades deben ser ejercidas por los organismos, entidades o autoridades de la Administración pública que realicen actividad administrativa por excelencia y de manera *principal*, y que tengan la debida competencia atribuida por ley para desempeñarlas.

Siempre estarán destinadas a la satisfacción de un interés público concreto, actual y de directo aprovechamiento por la sociedad; y por ello implicarán el despliegue de poderes o potestades públicas que puedan incidir sobre la libertad y voluntad de los administrados. Estos elementos deben estar siempre presentes de manera conjunta a la hora de identificar una auténtica función pública.

Funciones públicas de la Administración – componentes:			
Función administrativa (material y/o decisoria) de carácter <i>principal</i> .	Competencia asignada legalmente.	Atención de un Interés Público concreto, directo, identificado y contextualizado.	Uso de potestades públicas y/o ejercicio de autoridad.

2.3.3. Diferencia entre Funciones administrativas y Funciones públicas: relación de género - especie

Como analizamos, las funciones públicas implican el ejercicio de los elementos derivados de la soberanía del Estado. Así, una función pública estará necesariamente constituida e investida de poderes, potestades, prerrogativas públicas, o también de elementos de autoridad; conceptos que fueron delimitados anteriormente por su relevancia teórica y práctica. No obstante, en esta sección nos interesa, graficar la diferencia concreta que existe entre la función pública y la función administrativa.

En cuanto a la diferencia entre el concepto de funciones públicas y el concepto general de funciones administrativas, corresponde únicamente abocarnos a los argumentos señalados en las secciones inmediatamente anteriores, de modo que la diferencia estará orientada en una cuestión de género –

especie según la presencia de los elementos descritos líneas atrás. A nuestro criterio, las funciones administrativas (en una óptica general) son el género y las funciones públicas son la especie. Ambos conceptos son de naturaleza administrativa y se destinan a la organización y administración de la sociedad en conjunto. Tanto la función pública como la función administrativa (general) requieren ser concretadas en actos positivos que trasciendan la realidad jurídica³⁶⁴. Siendo esto así, ambas funciones son realizadas por la Administración pública, toda vez que es ésta la encargada de realizar la actividad administrativa del Estado, en sus diferentes niveles. No obstante, la primera delimitación proviene del carácter principal o complementario de la actividad administrativa inmersa en cada una de estas funciones.

En este sentido, y como se indicó anteriormente, mientras las funciones administrativas pueden servir (eventualmente) como soporte o complemento de las funciones principales de otros organismos (en cuyo caso serán funciones administrativas *complementarias*), las funciones públicas nunca actúan como complemento, pues su objeto es atender de manera principal una determinada situación. Las funciones administrativas en su enfoque general pueden ser actividades administrativas de carácter complementario, pero las funciones públicas únicamente son de carácter principal. Es por ello que las funciones administrativas en su género pueden ser transversales a todas las entidades que integran la Administración pública, independientemente del Sujeto-Poder de que se trate; mientras que las funciones públicas únicamente son ejercidas por las entidades u órganos de la Administración pública que, precisamente, realizan una actividad administrativa principal.

Las funciones públicas siempre serán actividades administrativas principales. Por ejemplo, la emisión de un Estudio de Impacto Ambiental, el acto de adjudicación de una concesión, los actos de planeamiento y habilitaciones urbanas, la inspección de actividades industriales, la seguridad pública, entre muchas otras. Su accionar es principal y no es complementario o subordinado a otras funciones principales, y por ello no se encuentran presentes en la totalidad de organismo que conforman la Administración pública, sino únicamente en los que realizan actividad administrativa de forma principal, como los Ministerios, los gobiernos descentralizados, y otros organismos que gozan de autonomía política pero que realizan funciones orientadas a la administración de la sociedad.

Por ello sostenemos que, mientras las funciones administrativas (como género) pueden eventualmente ser ejercidas por la totalidad de los organismos que conforman la Administración pública (siendo entonces funciones administrativas *complementarias*), las funciones públicas (como especie de estas funciones administrativas), al ser siempre principales, únicamente pueden ser ejercidas por los organismos del Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales, gobiernos locales, y algunos organismos constitucionales autónomos³⁶⁵. Otro aspecto a destacar en la delimitación de funciones públicas y funciones administrativas es el interés público procurado por ambas. Como señalamos anteriormente, el interés público siempre será un elemento presente en toda actuación de la Administración, ya sea en mayor o menor nivel de tutela.

El interés público estará presente en toda manifestación de la Administración, ya sea en actividades prestacionales o en actuaciones funcionales (aspectos delimitados como se verá luego), pero lo que varía en los diferentes escenarios es la forma en la que dicho interés público es identificado y

³⁶⁴ CERVANTES ANAYA, Dante. Op.Cit., pp. 147.

³⁶⁵ Esto no quiere decir, como se vio anteriormente, que estos organismos no ejerzan en concurrencia funciones administrativas *complementarias* y funciones públicas. Las funciones administrativas, como género, son transversales a toda la estructura del Estado, pero su ejercicio principal lo realizan los organismos del Poder Ejecutivo, gobiernos descentralizados y algunos OCAS. En este sentido, funciones públicas son las funciones principales de estos organismos de la Administración pública que realizan, precisamente, actividad administrativa por excelencia.

concebido. En el universo de funciones administrativas siempre estará presente el interés público, aunque éste no siempre se identificará bajo los mismos niveles de intensidad y concreción. En cambio, las funciones públicas sí se limitan a atender directos y concretos intereses públicos.

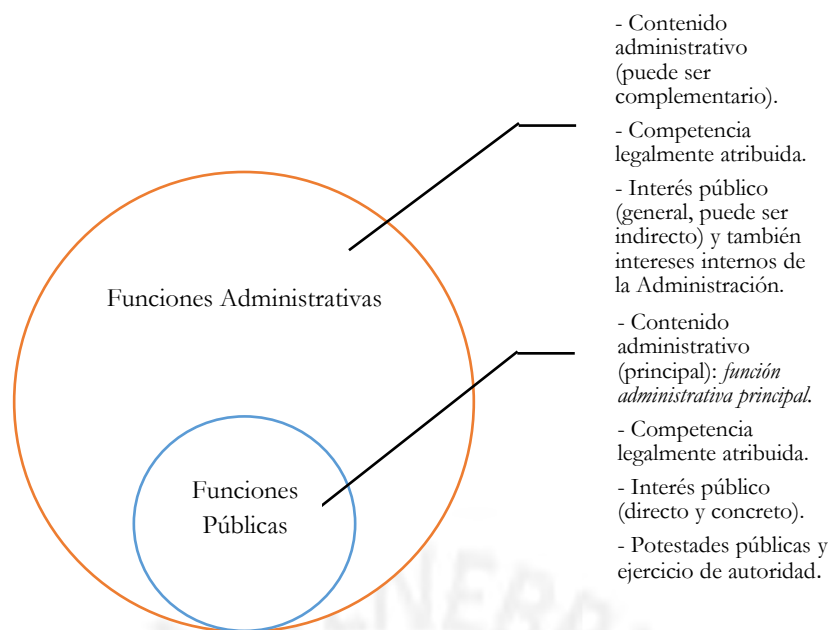
Las funciones públicas se materializan en actuaciones administrativas que, de forma principal, procuran la tutela de un interés público de manera directa. Dicho interés público es concreto, actual y debidamente identificado, de modo tal que las funciones públicas dirigidas a su tutela lo hacen igualmente de forma directa y concreta: se trata de “concretos” y no “presuntos” intereses públicos subyacentes. Finalmente, como consecuencia de todo lo descrito, las funciones públicas implican la presencia de un elemento adicional al de las funciones administrativas como género: el despliegue de potestades o poderes públicos.

El hecho de que las funciones públicas constituyan actuaciones administrativas de carácter principal (dentro de los organismos de la Administración pública que realizan actividad administrativa por excelencia), destinadas a la tutela de un interés público concreto y directo, exige que éstas deban contar con las suficientes atribuciones de poder que les permitan conseguir la eficacia jurídica esperada y requerida por el ordenamiento jurídico. Para ello, es necesario que dichas actuaciones administrativas estén cargadas de los suficientes componentes de poder que viabilicen la consecución de los cometidos normativos y políticos trazados por la Administración, de modo tal que la presencia de elementos como las potestades y el ejercicio de autoridad se vuelve indispensable.

Lo que distingue de mejor manera a las funciones públicas del universo de funciones administrativas de carácter principal es, precisamente, la presencia de estos elementos derivados de la soberanía del Estado. Estos elementos no aparecen de forma arbitraria, sino que se justifican en el objetivo de tutelar los concretos y directos intereses públicos comprometidos en cada contexto. La presencia de potestades públicas o ejercicio de autoridad caracteriza a las funciones públicas dentro del género de funciones administrativas, y esta la peculiaridad mejor reconocida por la doctrina citada con anterioridad.

En este sentido, las funciones administrativas, en su concepción amplia y genérica, pueden ser actuaciones de tipo complementario a otras funciones principales: el interés público que las subyace puede ser de indirecta tutela y difícil identificación; y no implican necesariamente asunción alguna de potestades públicas o ejercicio de autoridad. En cambio, las funciones públicas son siempre actuaciones administrativas principales ejercidas por los organismos de la Administración pública que realizan actividad administrativa por excelencia; tutelan un interés público concreto, actual, directo y debidamente identificado; e implican necesariamente el despliegue de potestades públicas o ejercicio de autoridad.

Así, dentro de los organismos de la Administración pública que realizan actividad administrativa de manera *principal* y por excelencia, tendremos la siguiente delimitación entre funciones administrativas genéricas y funciones públicas:



- Contenido administrativo (puede ser complementario).
- Competencia legalmente atribuida.
- Interés público (general, puede ser indirecto) y también intereses internos de la Administración.
- Contenido administrativo (principal): *función administrativa principal*.
- Competencia legalmente atribuida.
- Interés público (directo y concreto).
- Potestades públicas y ejercicio de autoridad.

Elaboración propia

Como podemos apreciar, si una función administrativa ejercida por los organismos de la Administración pública (que realizan actividad administrativa principal y por excelencia) presenta todo los elementos descritos: i) la evidente naturaleza administrativa, de carácter principal; ii) la competencia del órgano (básico e indispensable de la actuación administrativa); iii) la atención de un interés público directo, concreto y debidamente identificado; y, iv) el uso de potestades públicas o ejercicio de autoridad. Dicha función administrativa adquiere una calidad especial que la hace peculiar y diferente dentro de su género.

Así, si todos estos elementos se encuentran presentes, la función administrativa pasará a ser una auténtica función pública, pues sin dejar ser parte del género de las funciones administrativas del Estado, la presencia de aquellos elementos permite concebir un tipo de funciones administrativas especiales por su contenido, que sostenemos son las denominadas “funciones públicas” descritos por la doctrina comparada.

2.3.4. Funciones públicas y Servicios públicos

El concepto de función pública tampoco debe ser confundido con la institución del servicio público. Muchas veces se ha hecho un uso indistinto de ambos conceptos, confundiendo a los servicios públicos como una expresión de las funciones públicas del Estado, identificando de manera errónea las funciones del poder con la actividad prestacional de la Administración.

Nos resulta importantísimo trazar una efectiva diferencia entre los conceptos de función pública y servicio público. Nuestro objeto de estudio, el EPCA, implica una serie de actividades de índole pública que se realizan por parte de agentes privados, y quizá sea en esta peculiaridad en la que se confunde con la figura del servicio público, toda vez que en este último también se encuentra presente el despliegue de actividades de origen estatal ejercidas principalmente por entidades del sector privado. Para poder aterrizar dicha delimitación, es necesario primero diferenciar conceptualmente a las figuras administrativas que se ven comprometidas en esta ecuación, por lo que en el presente

apartado corresponde diferenciar los conceptos jurídicos de función pública y servicio público, para lo cual resulta importante definir a éste último.

No es intención de la presente investigación ahondar sobre toda la teoría que se encuentra detrás de una institución del derecho administrativo tan importante como lo es el “servicio público”. Pretender dar una descripción completa acerca del servicio público implicaría alejarnos de los objetivos de nuestro trabajo y peor aún, caer en insuficiencias y omisiones relevantes. Por ello, nos limitaremos a describir brevemente la noción de servicio público en nuestro ordenamiento jurídico vigente, únicamente como una herramienta para los fines de la presente investigación.

2.3.4.1. Concepto de servicio público

Desde un punto de vista amplio y multidisciplinario, el servicio público es ante todo una actividad económica, susceptible de ser ejercida para la generación de utilidades tanto empresariales como sociales. Como señala Albi, el contenido económico del servicio público resulta indiscutible, pues éste satisface necesidades materiales y constituye riqueza para las personas³⁶⁶.

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

No basta con decir que son actividades de trascendencia social, sino que también tienen que tener un componente económico, que las permita ser susceptibles de aprovechamiento y explotación³⁶⁷. Es decir, existen muchas actividades de relevancia pública que deben ser atendidas y garantizadas por el Estado, pero la categoría de “servicio público”, en el plano del Derecho público, está reservada para las actividades de naturaleza económica que hayan sido declaradas como tal mediante una ley formal (acción conocida tradicionalmente como la *publicatio*).

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

Doctrinalmente, el servicio público ha sufrido evoluciones conceptuales trascendentes. Desde sus primeras proposiciones clásicas y subjetivas, fue adecuándose a circunstancias exógenas que moldearon su apreciación hacia ópticas más liberales y objetivas. De acuerdo a la clásica y hoy en día mejorada clasificación tripartita de las actividades de la Administración (policía, fomento y prestación), el servicio público constituía el contenido específico de la actividad administrativa prestacional, que se convirtió en el foco principal del Derecho administrativo.

³⁶⁶ ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Editorial Aguilar, 1960, pp. 119.

³⁶⁷ Por ello, actividades como la educación y la salud suelen quedar separadas de este concepto estricto de servicio público.

Como se sabe, la idea de servicio público como institución tiene sus orígenes en la Escuela de Burdeos y específicamente en la formulación realizada por León Duguit, el cual señaló que la nueva concepción del derecho público moderno debía estar enfocada en el desarrollo de la figura del servicio público, como fundamento último de la disciplina administrativa³⁶⁸. Las necesidades sociales y el consenso ciudadano son los que legitiman el actuar público, y en este sentido, Jèze delimitó³⁶⁹ dicha idea principal para indicar que el servicio público, como conjunto de actividades necesarias para la vida, debía ser el objeto de actuación de la administración pública.

Esta concepción sería posteriormente criticada y perfilada por Maurice Hauriou, quien le daría énfasis y un valor principal a los *medios administrativos*, o al poder público, como objeto principal de la disciplina administrativa. *La idea de poder público como medio debe prevalecer sobre la noción de servicio público como fin*³⁷⁰. De acuerdo a dicho autor, el servicio público es en verdad un fin más dentro de los distintos fines de la Administración, y lo principal es la valoración del poder público como el instrumento que legitima y conduce a la realización de todos esos fines por parte del Estado.

A estas formulaciones se sumó la proposición de una serie de principios que conformarían la institución misma del servicio público. Estos principios tuvieron su origen en las denominadas “Leyes de Rolland”, y tienen vigencia e implicancia hasta hoy en día, siendo éstos los siguientes³⁷¹:

- i) Continuidad: el servicio debe prestarse ininterrumpidamente.
- ii) Regularidad: el servicio debe prestarse en condiciones de calidad.
- iii) Igualdad: el servicio debe prestarse de igual forma para todos, sin discriminación entre usuarios.
- iv) Universalidad: el servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas.
- v) Progresividad: el servicio debe mantenerse y adaptarse a la mejor tecnología disponible.

Esta primera concepción clásica fue moldeada y desarrollada para mejor. Los servicios públicos pasaron de concebirse bajo una estricta visión subjetiva, es decir, como actividad de titularidad del Estado en virtud de la denominada *publicatio*, a una visión más objetiva, enfocada en el contenido mismo de la institución y la importancia de mantener una garantía de prestación a los administrados independientemente de la titularidad. Sin perjuicio de ser excesivamente reducidos en la profundización sobre esta institución, debemos completar que la noción clásica-europea (de origen francés) del servicio público, tuvo su contrapartida en las concepciones de origen anglosajón vinculadas a dicha institución.

Así, mientras en la primera se hizo especial énfasis en la necesidad del Estado de reservarse ciertas actividades económicas para su ejercicio, en la experiencia norteamericana, y a raíz del famoso caso de *Munn vs. Illinois* (1877), se concibió que las industrias vinculadas a la satisfacción de necesidades colectivas debían ser declaradas como afectas a un interés público (*affected with a public interest*) y por ello, reguladas por el Estado a través de agencias públicas³⁷². A estas actividades se les denominó

³⁶⁸ DUGUIT, León. Op.Cit., pp. 37-38.

³⁶⁹ SÁNCHEZ ESTRADA, Eduardo. *Percepción actual del servicio público*. Coord. por David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano. México DF: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 634. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/28.pdf>

³⁷⁰ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 42-43.

³⁷¹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 22, N° 36, 2011, pp. 95.

³⁷² HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 3, N° 5, 2008, pp. 310.

public utilities, término que, en nuestro ordenamiento, sería el concepto más cercano a la figura del servicio público.

Hoy en día el concepto de servicio público ha sido constantemente perfilado. Solo como nota, aunque importante, es el desarrollo que ha venido haciendo la Unión Europea respecto a este ámbito. El Libro Verde³⁷³ de la Comisión del 21 de mayo de 2003, que sirvió de fundamento para el Libro Blanco³⁷⁴ de 2004 sobre los servicios de interés general, recogía ya las siguientes categorías³⁷⁵:

- i) *Servicios de interés general*, como concepto más amplio y derivado del de servicios de interés económico general, ya que pueden ser comerciales o no, y que abarca los servicios que las autoridades públicas consideran de interés general, estando sometidos a obligaciones específicas de servicio público³⁷⁶.
- ii) *Servicios de interés económico general*, que designan a los servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por ejemplo, estarían incluidos servicios como la red de transportes, energía y comunicaciones.
- iii) *Servicio público*, término más ambiguo y propenso a confusiones, por lo que es rechazado en el documento.
- iv) *Obligaciones de servicio público*, que alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público.

En este sentido, se trata de la construcción de un modelo de servicio público comunitario, que sustituye el clásico concepto de servicio público europeo (francés) por otro con importantes elementos de carácter norteamericano³⁷⁷. Con ello, se busca poner énfasis en la finalidad de la institución, que es la de garantizar la prestación de ciertas actividades que la sociedad considera valiosas ante la insuficiencia de la Libre Competencia, mediante la aplicación de ciertas obligaciones o deberes de servicio público sobre determinadas actividades, independientemente del nombre que se le dé.

Correspondientemente a esta formulación que resalta el contenido objetivo del servicio público antes que su *nomen iuris*, se desarrolló la perspectiva de los denominados *servicios públicos virtuales o impropios*. Mediante ello, se pretende destacar la relevancia jurídica de ciertas actividades que, por entrañar también un especial interés público y ofrecer ciertas desigualdades o asimetrías informativas para el usuario, se encuentra estrictamente reglamentadas y disciplinadas³⁷⁸. En efecto, como bien señala

³⁷³ Son documentos publicados por la Comisión Europea para estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema en concreto. Pueden dar origen a novedades legislativas reflejadas en los Libros Blancos.

³⁷⁴ Documentos que contienen propuestas de acción de la Unión Europea en un campo específico. Si llega a tener acogida, las propuestas incluidas en el Libro Blanco podrán dar inicio a un programa de acción de la Unión Europea.

³⁷⁵ Ver: MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, pp. 317; y CAIRAMPOMA, Alberto y Guelly Solar Álvarez. *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones: FITEL*. Arequipa: Editorial Adrus, 2010, pp. 116-121.

³⁷⁶ Curiosamente, y ligado a la figura jurídica que nos concierne, parece ser que, como indica Enrique Rajevic, el aumento de los casos en los que los particulares realizan funciones públicas o prestan servicios públicos fue precisamente lo que motivó a que la Unión Europea haga referencia a los servicios de interés general, para hacer énfasis en la tarea o misión desarrolladas y no en el sujeto que la realiza. En: RAJEVIC MOSLER, Enrique. "La privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda". En: Vergara B. & Bocksang H. (coords.). *Público y Privado en Derecho Administrativo. Actas de las VIII Jornadas de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters – La Ley, 2013, pp. 222.

³⁷⁷ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Op.Cit., pp. 113-114.

³⁷⁸ ARIÑO, Gaspar. Op.Cit., pp. 555.

Gaspar Ariño, se trataría de *una serie de actividades que no cuentan con una declaración formal que las indique como servicios públicos, pero que en razón del interés público especial que encierran, el Estado se reserva poderes de intervención y control (ordenación) a lo largo del ejercicio de la actividad, que van mucho más allá de la mera autorización inicial*³⁷⁹. Son actividades que, por su importancia, poseen un especial régimen jurídico parecido al del servicio público, pese a que la ley no los declare como tal: ejemplo de ello son los típicos casos del transporte público urbano (Ley N° 27181, entre otras) y la actividad bancaria (Ley N° 26702).

Finalmente se han ventilado también nociones como las del *Servicio Universal*, término el cual haría referencia a la garantía básica, dentro de un mercado en competencia, de la prestación de un conjunto determinado de servicios de buena calidad y a precios accesibles en todo el territorio de un Estado. Ello, indistintamente de la presencia de obstáculos a causa de la ubicación geográfica y/o condiciones sociales de los potenciales usuarios³⁸⁰, reemplazándose así la noción subjetiva de lo “público” por el elemento objetivo de lo “universal”.

De esta manera, la construcción teórica del servicio público ha sido ardua, constante y fructífera en la experiencia internacional, al punto de verse la real necesidad de descartar las etiquetas confusas sobre esta institución y pasar a una aplicación más real y práctica del contenido, dándole una justa y especial atención a la finalidad de la figura, que es la garantía de la prestación, antes que a su titularidad o carácter comercial. Sin embargo, para efectos de nuestra investigación deberemos ceñirnos únicamente al concepto tradicional de servicio público, no al del modelo clásico francés, sino a la noción que doctrinal, jurisprudencial y legalmente se viene utilizando en nuestro ordenamiento y en gran parte de ordenamientos de la región de América Latina, para lo cual daremos algunas nociones reconocidas sobre esta figura.

Cassagne ha señalado que el servicio público consiste en una *prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económico-social, que satisface una actividad básica del habitante*³⁸¹. Asimismo, Nallar Dera ha indicado por su parte que el servicio público es una *técnica legal de regulación sobre actividades de contenido económico, cuya titularidad ostenta el Estado y su gestión los particulares, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, mantener e impulsar el bien común y el desarrollo socio-económico de la persona humana*³⁸². Bielsa señala que el servicio público es toda acción o prestación realizada por la Administración pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, *prestación que es asegurada por el poder de policía*³⁸³. Por su parte, Meilán Gil menciona que se trata de la actividad esencial para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta es siempre posible³⁸⁴.

En la misma línea, el catedrático Zegarra Valdivia ha resaltado que *la noción de servicio público en el Perú, por un lado, tiene como soporte principal el elemento de la titularidad estatal del servicio, y de otro lado, en el marco de la Constitución de 1993, es una categoría jurídica situada fundamentalmente para actividades vinculadas con la materia económica*³⁸⁵. Sostiene el referido autor, no obstante, que en el ordenamiento peruano no se ofreció una categorización unitaria de la noción de servicio público, sino que se produjo una variedad de usos

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 556.

³⁸⁰ CAIRAMPOMA, Alberto y Guelly Solar Álvarez. *Op.Cit.*, pp. 253.

³⁸¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 38. Cita original de: NALLAR, Daniel Mauro. *Regulación y Control de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 161.

³⁸² *Ídem*.

³⁸³ BIELSA, Rafael. *Op.Cit.*, pp. 463.

³⁸⁴ MEILÁN GIL, José Luis. “El servicio público en el Derecho actual”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*. La Coruña, N° 15, 1994, pp. 384-385.

³⁸⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima: Palestra Editores, 2005, pp. 350.

de la misma *al punto de asociar la función pública con el servicio público*³⁸⁶, situación que, como sabemos, nos preocupa delimitar posteriormente en la presente sección. Al respecto, se ha hecho también hincapié en la necesidad de restringir la noción de servicio público a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes (usuarios), toda vez que sólo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico³⁸⁷.

Ahora, por nuestra parte, nos parece importantísima la descripción que realiza Kresalja sobre la noción de esta institución. De una lectura de los caracteres reseñados por el mencionado autor, el servicio público sería una actividad de prestación asumida por el Estado en virtud de una declaración formal (*publicatio*), que implica la aplicación de un régimen jurídico público sobre la actividad, pese a que la gestión privada de ésta pueda estar sometida al régimen del derecho privado³⁸⁸. Señala el autor que dichas actividades no se configuran como necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad; y se trata de prestaciones regulares y continuas, dirigidas a la utilidad general del público³⁸⁹. Esta acotación nos es de suma relevancia para el objeto de este apartado, como se verá luego.

En cuanto a nuestro desarrollo jurisprudencial, debemos señalar que ésta ha ido realizando en el devenir de los años ciertas referencias, aunque un tanto polisémicas, al concepto de servicio público. La más emblemática es la famosa sentencia del denominado caso del “medio pasaje”, recaída en el Exp. N° 00034-2004-AI/TC³⁹⁰, en la cual se señaló que, *si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, éste contiene características específicas que lo delimitan, siendo con ello una actividad de naturaleza esencial para la comunidad por poseer un especial interés público, de necesaria continuidad de prestación, de carácter regular y susceptible acceso en condiciones de igualdad*³⁹¹.

A nivel normativo, el servicio público encuentra su justificación en el mandato constitucional recogido, específicamente, en los artículos 58, 65, 92, 119, 162, 192 y 197 de la Constitución de 1993. Si bien nuestro texto constitucional no ha consagrado un concepto unívoco de la institución del servicio público, es posible determinar la noción general que se pretende dar a raíz de una interpretación sistemática de los preceptos mencionados. Especial atención reciben los artículos 58 y 119. En el primero³⁹² comienza el apartado del régimen económico de la Constitución. Dicho artículo resalta la obligación del Estado de promover y garantizar la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, haciendo principal énfasis en que sobre dicho ámbito debe “actuar principalmente”, sin referirse con ello a la necesidad de que lo realice de manera directa, ni ningún otro componente subjetivo.

Por su parte, el segundo artículo³⁹³ citado pone énfasis el concepto orgánico, que refiere al Estado como el titular o encargado de la prestación del servicio, al señalar que la dirección y gestión de los

³⁸⁶ *Ibidem*, pp. 347.

³⁸⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. “Noción y elementos del servicio público”. En: *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1994, pp. 15.

³⁸⁸ KRESALJA, Baldo. “El Rol del Estado y la gestión de los Servicios Públicos”. En: *Themis*. Lima, Época 2, N° 39, 1999, pp. 47-48.

³⁸⁹ *Ídem*.

³⁹⁰ Sentencia en la que declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1 y 5 de la Ley N° 26271, Ley que norma el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros.

³⁹¹ Fundamentos 37 al 44 de la STC. 00034-2004-PI/TC.

³⁹² Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³⁹³ Artículo 119. - La dirección y gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros. La interpretación sistemática de estos dos artículos nos brinda un primer aproximamiento al concepto moderno de servicio público, que no se limita únicamente al ámbito subjetivo (titularidad estatal), sino que se fundamenta en el contenido objetivo de la misma institución, que no es otro el carácter indispensable de la actividad económica ofrecida y la necesidad de garantizar su prestación continua.

Ambos artículos serían manifestación de la existencia de dos requisitos perfectamente identificables del servicio público, que, como señala el profesor Danós, constituirían, por un lado, el *elemento material* (contenido objetivo de la actividad reconocido en el artículo 58) y de otro lado, un *elemento formal*³⁹⁴ del servicio público (que es la calificación como servicio público de una determinada actividad, realizada mediante norma legal). Concluye el autor que, según esta interpretación sistemática de los artículos que regulan o incluyen la figura del servicio público en la Constitución, dicho concepto se referiría a:

(...) actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción e las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente.³⁹⁵

La proposición que utilizamos al inicio del presente apartado, creemos, es coherente con este desarrollo doctrinario y jurisprudencial, y a su vez, es también congruente con la regulación normativa³⁹⁶ (constitucional y legal) que se ha vertido en función del servicio público.

En base a lo dicho, podemos concluir que la institución del servicio público haría referencia a una actividad económica de especial interés público, de indispensable prestación a los ciudadanos, y sobre la cual el Estado suprime la libertad de competencia y concurrencia en el mercado para hacerse de su titularidad mediante una declaración formal (Ley), aplicando con ello un específico régimen jurídico a su ejercicio para garantizar su efectiva prestación en términos de continuidad y calidad, de manera indirecta como regla general, o de manera directa como supuesto excepcional en virtud de las políticas de privatización y liberalización aplicadas en nuestro contexto.

2.3.4.2. Diferencia entre Funciones públicas y Servicios públicos

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

La función pública y la función administrativa (general), así como las funciones legislativa y jurisdiccional, son instituciones distintas a la del servicio público propiamente dicho³⁹⁷. Y es que, en efecto, el servicio público es, ante todo, una prestación económica, una actividad técnica, un servicio

³⁹⁴ DANÓS, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: *Themis*. Lima, Época 2, N° 55, 2008, pp. 258.

³⁹⁵ Ídem.

³⁹⁶ Cabe resalta que venimos utilizando una concepción de competencia general del servicio público, referida al ámbito del Gobierno Central, toda vez que también existen servicios públicos de competencia municipal, o también denominados servicios públicos locales, que son declarados como tal mediante ordenanzas municipales.

³⁹⁷ CERVANTES ANAYA, Dante. Op.Cit., pp. 147.

o utilidad que se le ofrece a alguien a cambio de una contraprestación, lo cual, se dice, difiere de la misma naturaleza de las funciones públicas que implican una expresión de *poder* estatal. Sin embargo, la diferencia no es tan simple como parece, y, de hecho, así como se plantea resulta más que confusa e imprecisa. Vayamos por partes.

Ante todo, las funciones públicas, las funciones administrativas y los servicios públicos (actividad prestacional) forman parte del concepto genérico y teórico de *Actividades Administrativas* del Estado. Como bien señala Bastidas Bárcenas, estas *Actividades Administrativas*, que tienden a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales del ordenamiento³⁹⁸, sería un género que comprendería las especies de *actividades funcionales* y *actividades prestacionales*. Las primeras, serían las conocidas funciones administrativas (y de manera más específicas, las funciones públicas), mientras que las segundas toman su clásica expresión en la figura de los servicios públicos. En un plano relativamente práctico, se puede indicar que, mientras las *actividades funcionales* expresan, en mayor o menor medida, determinadas actuaciones de *poder* de la Administración, no comerciales ni económicas por su naturaleza; las *actividades prestacionales*, que no se valen de *potestades públicas*, sí implican un contenido económica y comercial susceptible de ser explotado.

El servicio público es una operación comercial, que genera una utilidad al acreedor de la prestación de dicho servicio. En cambio, la función pública sería una acción o decisión de un organismo del Estado encaminada a satisfacer un fin público mediante instrumentos jurídicos y materiales, que no implicaría la presencia de una relación comercial, sino simplemente la existencia de una tarea o deber del Estado que requiere ser cumplido. En suma, se suele señalar que las funciones públicas no tendrían una naturaleza económica o comercial. No se tratarían de servicios que se le ofrece a un sujeto, sino una obligación que realiza el organismo público para cumplir su objetivo trazado por ley. En la función pública, la voluntad del administrado no tendría un componente estructural, como sí sucede en el servicio público, en la medida en que dicho administrado puede eventualmente decidir si contrata el servicio o no.

La doctrina, tanto peruana como extranjera, ha dado cuenta ya de la existencia de una confusión de nociones en torno a estas figuras, advirtiendo con ello la necesidad de separar dos conceptos del derecho público que, si bien parecen vincularse, no serían del todo equiparables. Gaspar Ariño ya había advertido acerca de las razones que dan origen a la confusión de estos conceptos, atribuyéndole gran parte de la responsabilidad a la concepción clásica francesa del servicio público³⁹⁹. Según el referido autor, esta concepción clásica era muy extensiva y amplia⁴⁰⁰, al punto de que toda actividad de la Administración tendiente a satisfacer de una forma un interés o necesidad pública, cualquiera que sea, era considerada un servicio público. Tanto la actividad jurídica como social eran equiparadas a esta institución, llegando a ser “servicio público” todo lo que gestionaba la Administración⁴⁰¹.

Dicha confusión fue perfilada y en cierto modo corregida por la doctrina italiana, la cual distinguió, por un lado, la función pública, la cual se desarrolla en la consecución de los fines esenciales del Estado, en su actividad propiamente soberana, y por otro lado, el servicio público, que sería aquella

³⁹⁸ BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. Op.Cit., pp. 53-54.

³⁹⁹ La mayor parte de las notas que los franceses aplicaron a su concepto de servicio público son notas o fundamentos aplicables a las funciones públicas, y el error de ellos radica en haber querido ampliarlas a los verdaderos servicios que se desarrollan en el campo económico y social. En: ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 296; y, GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 22.

⁴⁰⁰ ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Op.Cit., pp. 544-545.

⁴⁰¹ ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Op.Cit., pp. 294-295.

actividad del Estado, directa o indirecta, encaminada a la consecución de fines de bienestar, fines no esenciales al ser del Estado, pero sí indispensables para la vida social en un momento dado⁴⁰².

Así, Zanobini vinculó la noción de servicio público únicamente a algunos aspectos de la actividad administrativa, por contraste a la función pública como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, *la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía*; en cambio, los servicios públicos representan, por su parte, *otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines*⁴⁰³. En este mismo sentido se manifestó también Giannini, para quien *la titularidad de las funciones públicas corresponde necesariamente al Estado, mientras que la competencia sobre los servicios se asume por razones técnicas, económicas o sociales, pero sin que repugne la idea de su gestión por los particulares*⁴⁰⁴.

Como señala Manuel María Diez, el servicio público consiste substancialmente en una actividad técnica, prestadora y asistencial, mientras que el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía⁴⁰⁵. En palabras de Bielsa, la función pública es lo abstracto y general, mientras que el servicio público es lo concreto y particular⁴⁰⁶, aunque muchas veces sea difícil identificar cuándo termina lo abstracto y empieza lo concreto, como se verá.

En la misma línea, Blanquer Criado ha señalado que mientras que en las funciones públicas subyace siempre una potestad jurídica de carácter exorbitante, que pone de manifiesto el “*imperium*” de la Administración sobre los ciudadanos, en los servicios públicos estamos ante actividades materiales o técnicas de contenido económico, que, en línea general de principio, pueden ser desarrolladas tanto directamente por la Administración pública, como por los ciudadanos y empresas⁴⁰⁷.

Así, frente a los servicios públicos, los administrados se encuentran en calidad de usuarios del servicio ofrecido⁴⁰⁸, pero cuando la administración ejerce una función pública, la situación es diferente, toda vez que los administrados se encuentran en una situación de sujeción, susceptibles de soportar las decisiones o actuaciones del poder público sobre su esfera privada independientemente de su voluntad. De acuerdo a ello, en los servicios públicos el particular actúa siempre como usuario de los mismos, mientras que, en la función pública, el particular no es un usuario, sino un medio u objeto⁴⁰⁹.

En el caso de las funciones públicas, como acertadamente indica Parejo Alfonso, *los particulares soportan una actividad imperativa del Estado, actividad conformada por un conjunto de tareas y cometidos administrativos que presuponen o implican necesariamente el ejercicio de potestades o autoridad*⁴¹⁰. En cambio, la actividad prestacional del servicio público no precisa necesariamente la actuación administrativa investida de

⁴⁰² Ídem.

⁴⁰³ Cita original de Fernando Garrido Falla. En: GARRIDO FALLA, Fernando. “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. Loc.Cit.

⁴⁰⁴ Ídem.

⁴⁰⁵ Como bien indica el autor, en el campo administrativo se presentan situaciones en las cuales aparece el ejercicio de una potestad o autoridad, por ejemplo, en materia de policía, materia tributaria, materia de defensa exterior; el ejercicio de cada una de estas actividades constituye, en efecto, una función pública. En cambio, el servicio público representa siempre una actividad material y técnica, puesta a disposición de los particulares para ayudarlos a la realización de sus finalidades. En: DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 339.

⁴⁰⁶ BIELSA, Rafael. Op.Cit., pp. 458.

⁴⁰⁷ BLANQUER CRIADO, David. *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 241.

⁴⁰⁸ DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 338.

⁴⁰⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 62.

⁴¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op.Cit., pp. 409.

imperium y revestida de autoridad. Más bien, *constituiría un variado complejo de acciones de dación de asistencia y cobertura frente a contingencias vitales, servicios o bienes*⁴¹¹.

El referido autor resalta también el hecho de que entre uno y otro concepto existen diferentes enfoques o puntos de dirección que deben ser tomados en cuenta. En otras palabras, tanto función pública como servicio público apuntan generalmente⁴¹² a destinatarios “distintos”, o, mejor dicho, conjuntos diferentes, pues mientras la primera se realiza usualmente para el conjunto de ciudadanos globalmente considerados, la segunda atiende a un usuario individualizado que adquiere el servicio correspondiente. Y es por ello que se ha visto por bien afirmar que, mientras los servicios públicos constituyen prestaciones o actividades dirigidas al ciudadano *uti singuli*, es decir, de manera individualizada a cada usuario del servicio, las funciones públicas se ejercen en atención a los ciudadanos como un colectivo *uti universi*⁴¹³, como todos en conjunto.

La función pública es una actividad estatal, de naturaleza administrativa y de desempeño de la Administración pública, realizada por un organismo con competencia legalmente atribuida y que se vale de la utilización de herramientas de poder público, como las potestades o el ejercicio de autoridad, para la satisfacción última de un interés público de la sociedad. El servicio público, por su parte, es la actividad del Estado encaminada a la consecución de fines de bienestar, no esenciales para el ser del Estado, pero sí indispensables o muy importantes para la vida social en un momento histórico dado y su gestión por particulares es perfectamente factible⁴¹⁴.

Lazarte Molina hace una precisión, que, si bien no compartimos del todo, es ilustrativa para entender un poco más la delimitación planteada. Señala el autor que, en efecto, existen sólo dos clases de actividades que no permiten al sector privado la obtención de beneficios económicos: de un lado, aquellas actividades que requieren para su ejercicio del *ius imperium* del Gobierno; y de otro lado, aquellas respecto de las cuales no es posible individualizar el cobro del servicio entre sus beneficiarios⁴¹⁵:

En el primer caso, nos encontramos ante los típicos actos de autoridad, que distan mucho del concepto de servicio público por ser actos que sólo pueden ser prestados por el Gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano *ius imperium*. En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actividades que, si bien no requieren de un poder soberano para su ejercicio, no representan interés alguno para el sector privado, dada la imposibilidad de imputar los costos del servicio que se brinda entre sus beneficiarios (alumbrado público, limpieza de parques, semaforización, entre otras).⁴¹⁶

Decimos que coincidimos parcialmente con esta proposición debido a que, en efecto, los servicios públicos no suponen el despliegue o ejercicio de potestades públicas o poderes derivados de la soberanía del Estado, a diferencia de lo que sucede con las funciones públicas. No obstante, esta premisa no supone *per se* una exclusión a la participación (para un beneficio económico) de los privados en el campo de las funciones públicas, como se verá en las secciones siguientes. En este sentido, la participación privada, sostenemos, no es un elemento diferenciador de los conceptos

⁴¹¹ Ídem.

⁴¹² Decimos generalmente, toda vez que, desde nuestra concepción, ciertas funciones públicas más cercanas a la periferia de actuación privada (y, por ende, más lejanas al núcleo duro de funciones de soberanía), podrían ser dirigidas a destinatarios específicos, como es el caso de las inspecciones técnicas de vehículos, aspecto a analizar posteriormente.

⁴¹³ Ídem.

⁴¹⁴ KRESALJA, Baldo. Op.Cit., pp. 46.

⁴¹⁵ LAZARTE MOLINA, Jorge. “El concepto de servicio público en el Derecho peruano”. En: *Revista Ius et Veritas*. Lima, Año 13, N° 26, 2003, pp. 74.

⁴¹⁶ Ídem.

referidos, toda vez que aquella puede presentarse en los dos escenarios. Pero lo que sí diferenciaría a uno del otro es el despliegue y ejercicio de poderes públicos: el servicio público no supone el uso de potestades públicas y no es actividad coactivamente impuesta⁴¹⁷; la función pública sí.

Ahora, cuando se dice que el servicio público no supone el ejercicio de poderes soberanos, no quiere decir que la Administración no tenga potestades o poderes de imperio tanto sobre el concesionario como sobre los terceros; lo que se quiere decir es que esa actividad no se le impone al particular, sino que se le ofrece⁴¹⁸. Tampoco quiere decir que el concesionario no tenga ningún tipo de facultades especiales frente al usuario, sino que aquel será más bien un *beneficiario* de las potestades públicas que mantiene la Administración, para que sean utilizadas por ésta a efectos de garantizar la mejor prestación del servicio, tal como se verá mejor en el Capítulo Tercero.

De este modo, coincidimos con Manuel María Díez en el sentido de que *es necesario limitar el concepto de servicio público solamente a algunos aspectos de la actividad administrativa, y contraponerle el concepto de función pública como forma superior de manifestación de la misma actividad*⁴¹⁹. En resumen, y a raíz de las descripciones anteriormente referidas, podemos delimitar los conceptos de función pública y servicio público en base a tres premisas: el carácter económico, la voluntad del administrado, y el ejercicio de potestades públicas.

Servicio Público	Función Pública
Es una actividad económica, comercial. Es una prestación técnica que se ofrece y que genera una relación comercial con el particular, de contraprestaciones mutuas. Un servicio en estricto.	Es una actividad administrativa jurídica y/o material de la Administración pública. Es una actividad que no tiene, en principio, naturaleza comercial, económica. No se “presta” ni se “ofrece” a alguien, sino que, en teoría, se impone. En estricto una función estatal.
El administrado o usuario decide si contrata el servicio o no. Si bien la naturaleza de la actividad es trascendente para la vida del particular, siempre existirá la opción de vincularse o no con el concesionario oferente. Hay manifestación de voluntad.	El particular no decide si se involucra o no con la Administración. La función pública puede someter al administrado, imponiéndole eventualmente cargas y/o deberes que el particular deberá soportar. No hay manifestación de voluntad del administrado de cara al actuar de la Administración o decisión de la autoridad.
No supone el ejercicio de potestades, poderes o prerrogativas públicas derivadas de la soberanía del Estado. El concesionario es beneficiario, y no ejerciente de las potestades, las mismas que son realizadas por la Administración para garantizar la prestación del servicio.	Su ejercicio implica la utilización de potestades públicas. La actividad es expresión, en mayor o menor medida, de la soberanía del Estado. Esto justifica el despliegue de poderes públicos directamente ejercidos por la Administración.

⁴¹⁷ ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Op.Cit., pp. 296.

⁴¹⁸ GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio. Op.Cit., pp. 22.

⁴¹⁹ DIEZ, Manuel María. Op.Cit., pp. 338.

Por lo tanto, podemos identificar una clara separación teórica entre los conceptos de función pública y servicio público. Ni su naturaleza jurídica, ni sus objetivos directos serían los mismos. No obstante, la distinción entre funciones públicas y servicios públicos (y actividades económicas en general) no suele ser tan clara en la mayoría de las situaciones, toda vez que, como advierte Desdentado Daroca, *desde la perspectiva económica, no existe una distinción necesaria entre actividades que exigen el ejercicio de autoridad pública y meras actividades industriales y comerciales, pues servicios que quedan comprendidos dentro de las tradicionales funciones públicas soberanas pueden ser, al mismo tiempo, actividades económicas rentables prestadas por particulares*⁴²⁰.

Si bien la *actividad funcional* implica manifestaciones soberanas del Estado a través de algunos entes de la Administración Pública, en el plano práctico no siempre es sencillo determinar cuándo estamos ante una función pública de la Administración o ante un servicio de naturaleza económica, o ante una figura híbrida de ambos conceptos. Por ejemplo, si hablamos de la función de representación protocolar de autoridades en paralelo de las actividades de prestación del servicio público de electricidad o de cualquier prestación económica en general, la delimitación resulta sumamente sencilla.

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

Ejemplo de ello es la actividad de Inspección Técnica de Vehículos (ITV), la cual se configura como una auténtica función pública de *autoridad*, de contenido decisorio y “autorizativo” (habilitante), y con eficacia pública evidente al ser presupuesto técnico y legal para la libre circulación de vehículos automotor. Pero que, a su vez, se configura también como una forma de actividad económica (sin llegar a ser un servicio público), en la que las empresas de revisión técnica ofrecen un servicio especializado a los administrados para que éstos estén acorde a lo exigido por el ordenamiento.

En la ITV (regulada por Ley N° 29237 y su reglamento aprobado por D.S. N° 025-2008-MTC), se plantea un esquema de libertad de acceso⁴²¹ mediante títulos habilitantes (art. 27 y ss. del reglamento), de modo indudablemente estaríamos ante una actividad que también posee naturaleza económica y comercial. ¿Cómo se armoniza ello con la naturaleza de función pública subyacente a la ITV? En efecto, la actividad de ITV, como se verá mejor más adelante, cuenta con la naturaleza jurídica de una función pública, pero se expresa bajo formas de una actividad económica libre. Como bien señaló en su momento la entonces Comisión de Acceso al Mercado (CAM) de INDECOPI⁴²², si bien reconoce que la ITV constituye una función pública por tratarse de la verificación del funcionamiento de los vehículos del parque automotor), y por lo mismo, no implicaría una actividad de contenido económico, el *medio* para implementar dicha función, es decir, el servicio de revisiones técnicas, sí lo sería.

Aquí hay que distinguir, entonces, entre los medios que concretizan la función pública en el plano práctico, de la función pública en sí misma. La función pública subyacente a la ITV, esto es, el deber

⁴²⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y autoridades independientes*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, pp. 155-164.

⁴²¹ Es lo que señala expresamente la Ley N° 29237 en su artículo 4 y el reglamento en su artículo 27 y ss. No obstante, existe una controversia suscitada en torno a este elemento, en la medida en que se cuestiona la legalidad de la entrega en concesión de la actividad de ITV, en Lima Metropolitana, a la empresa LIDERCON por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima, lo cual será debidamente analizado en el Capítulo tercero.

⁴²² Expediente N° 000101-2007/CAM.

de fiscalización por parte de la autoridad competente, no es una actividad de contenido económico y comercializable; no obstante, el *medio* a través del cual dicha función pública se manifiesta en el plano de los hechos sí se configura como una actividad comercial y empresarial.

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

Ahora, para comprender adecuadamente estas últimas manifestaciones, en las que determinadas funciones públicas son operadas bajo *medios* económico-comerciales, principalmente, mediante la participación de empresa privadas colaboradoras; es necesario atender a la explicación del referido esquema en todas sus aristas, y por ello, debemos proceder a la determinación misma de la figura del EPCA. Hemos descrito hasta aquí todos los componentes que son indispensables para entender el contenido de dicha institución, tales como el “poder público”, “la Administración pública”, la “función pública”, entre otros, delimitando conceptos y diferenciándolos de categorías jurídicas mayor o menormente vinculadas para su mejor entendimiento. Corresponde, a continuación, analizar el EPCA propiamente dicho.

2.4. El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración (EPCA)

2.4.1. Breve repaso de las justificaciones teóricas del EPCA

¿A qué nos referimos con el denominado EPCA? el “*Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*” es, ante todo, una figura del Derecho administrativo, reconocida principalmente por la doctrina española a partir de las primeras formulaciones de los ordenamientos jurídicos alemanes e italianos⁴²³. Además, pretende englobar una serie de supuestos en los que la Administración traslada a los particulares la facultad de realizar ciertas funciones públicas para obtener con ello un mejor resultado a que si dicha actividad hubiera sido realizada por la Administración misma.

Este fenómeno de colaboración privada, distinto al clásico escenario de los servicios públicos, tiene un trasfondo extensamente complejo, que involucra no sólo aspectos meta-jurídicos y de teoría general, sino que alcanza también a los ámbitos del estudio constitucional de la participación ciudadana. En resumen, la colaboración entre Estado y sociedad civil o sector privado tiene su correlato en la natural interacción entre sistemas, en la que, a partir de un criterio de organización (y

⁴²³ El tema del ejercicio de actividades de interés general por parte de sujetos privados viene siendo abordado por los estudiosos del derecho administrativo italiano desde hace más de un siglo, y la última elaboración teórica de dicha cuestión se remonta a Massimo Severo Giannini, quien proponía la tesis del *munus* público, y a partir de este momento el estudio entró en un estancamiento debido al progresivo abandono del enfoque pandectista y dogmático por parte de los estudiosos italianos. Revisar: GARDINI, Gianluca. “Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana”. En: *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Coord. Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero. Barcelona: Editorial Huygens, 2010, pp. 428.

no de subordinación) existente en el dualismo individuo-Estado⁴²⁴, se explica la creación de escenarios de participación conjunta para el desarrollo íntegro de la sociedad.

Ahora, la dimensión del fenómeno del EPCA no se sitúa en el contexto del principio de participación ciudadana en los asuntos públicos (que es una base de la cual se origina), sino, como bien señala Fernández Ramos, se sitúa *en el de las actuales tendencias políticas privatizadoras de servicios y funciones públicas, puesto que se trata de una actividad organizada y estable a cargo de empresas privadas que buscan un legítimo beneficio económico*⁴²⁵. Las funciones del Estado no son necesariamente ejercidas en exclusividad. No todas las actividades necesarias para alcanzar los fines propios del Estado (y de la comunidad) son desarrolladas mediante órganos que pertenecen formalmente a alguno de los poderes públicos⁴²⁶. De forma tal que, mediante este esquema de participación, se entiende la creación de un escenario de apoyo mutuo entre Administración y particulares, sin que ello constituya un contrasentido.

Existen funciones estatales, específicamente *públicas*, cuyo contenido tiende a adentrarse, en mayor o menor medida y por diferentes razones del contexto⁴²⁷, hacia un ámbito más cercano a la periferia de actuación privada, lo cual justificaría⁴²⁸ un esquema de colaboración mutua para conseguir resultados beneficiosos de ambas partes. Esta colaboración, en efecto, puede manifestarse en el apoyo para el ejercicio de funciones de incumbencia pública, en donde tienen un papel protagónico, por un lado, los particulares, y por el otro, la Administración o Estado garante, el cual promueve un nuevo frente de actuación orientado no a la realización directa de toda una serie de actividades, sino a garantizar que éstas se presten efectivamente, aunque sea por sujetos privados no conectados a la organización administrativa⁴²⁹. En este sentido, *funciones públicas y administrativas no serían, entonces, privativas de los poderes del Estado*⁴³⁰.

En general, hemos descrito que en el desarrollo de las sociedades se terminan creando espacios en los que la actividad privada supera en creces los conocimientos de las autoridades públicas. Este desarrollo de la técnica por parte de los agentes privados, si bien muchas veces crean riesgos que ameritan ser tutelados por el Estado a través de los conocidos sistemas de autorregulación regulada⁴³¹,

⁴²⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad*. Op.Cit., pp. 270.

⁴²⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 503.

⁴²⁶ CÁCERES FREYRE, Fernando. “La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: el caso del COES en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje?” En: *Themis*. Lima, Época 2, N° 42, 2001, pp. 353.

⁴²⁷ Puede decirse entonces que las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Op.Cit., pp. 25; y, CÁCERES FREYRE, Fernando. Op.Cit., pp. 354.

⁴²⁸ Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN realiza una importante apreciación sobre este esquema, al señalar que, en la garantía de la seguridad exterior e interior, en la evitación de peligros y en la atención de las necesidades básicas de la población cabe identificar complejos de actividades que todos los Estados modernos suelen considerar como funciones propias. Pero, por así decirlo, no existen funciones del Estado por naturaleza. Las funciones de los poderes públicos no resultan de un concepto abstracto de Estado, sino de las previsiones del respectivo ordenamiento constitucional, toda vez que, la falta de una teoría acabada sobre las funciones del Estado no significa, sensu contrario, que la Constitución no contenga pronunciamientos sobre la preferencia e intensidad de determinadas tareas. En: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Op.Cit., pp. 169-171.

⁴²⁹ Para mayor información sobre el concepto de Administración o Estado garante, revisar: ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3° ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 52-54.

⁴³⁰ CÁCERES FREYRE, Fernando. Op.Cit., pp. 351.

⁴³¹ Como dijimos anteriormente, la instrumentalización pública del sector privado mediante los mecanismos de colaboración (ajenos al ámbito de servicios públicos), se producen en un doble sentido: por una parte, los poderes públicos utilizan el potencial autorregulador de las fuerzas sociales, atribuyen a las mismas ciertos efectos jurídico-públicos. Y, por otra parte, el Estado cede a organizaciones privadas especializadas el ejercicio de concretas funciones públicas, como las declarativas y decisorias, que implican el uso de prerrogativas de poder público sobre la base de su competencia y capacidad técnica. En: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 51.

no deja de ser una expresión de que en ciertas áreas de la sociedad se requiere un trabajo distinto, o, mejor dicho, una combinación de esfuerzos especial y contextualizada, encaminada a obtener mejores resultados tanto públicos como privados.

Como bien señala la profesora Canals, la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas se inicia y se desarrolla en un marco social concreto, y son diversas las causas que confluyen en su expansión, entre ellas, la complejidad técnica que debe afrontar la Administración para servir a los intereses generales:

Si bien se inicia la colaboración privada con la actividad administrativa de carácter técnico en el último tercio del pasado siglo, en una época de claro intervencionismo público, el fenómeno crece significativamente y se expande a finales del siglo XX con una impronta aún desconocida, pues alcanza ya al ejercicio de funciones administrativas de carácter jurídico. Se instaura, por consiguiente, en un Estado desregulador y privatizador. Pese a ello, puede adelantarse que no nos encontramos ante un inédito supuesto de privatización, sino ante un fenómeno sustancialmente distinto.⁴³²

En otras palabras, frente a las enormes brechas de especialización entre el sector privado y sector público sobre ámbitos que resultan de gran interés público, es que los Estados tienden a valerse de dicho conocimiento experto o práctica especializada que manejan los particulares, para utilizarlas en atención al interés público que denota la actividad en concreto.

Así, en su oportunidad señalamos que el Estado, a través de estas nuevas formas de intervención o colaboración con la sociedad civil, pretende lograr dos objetivos inmediatos, que son:

- i) Ejercer una supervisión y control normativo de ciertas actividades complejas, para lo cual la Administración se debe valer de instrumentos regulatorios que requieren específicos conocimientos especializados de diferentes materias.
- ii) Garantizar que ciertas actividades, por su complejidad, y ante las limitaciones presentes en la estructura de la Administración pública, sean correctamente realizadas atendiendo a la finalidad pública inmersa en ellas.

El primer objetivo inmediato estaría referido a los casos de autorregulación regulada, que fueron brevemente revisados en su momento. Es el segundo objetivo, no obstante, es el que nos concierne en esta investigación, y específicamente, en la presente sección.

Por ello, bien se ha hecho en afirmar que esta instrumentalización pública de la sociedad se produce, consecuentemente, en un doble sentido⁴³³: *por una parte, los poderes públicos utilizan el potencial autorregulador de las fuerzas sociales en los campos de alta especialización técnica, atribuyendo al mismo efectos jurídico-públicos* (relacionado al primer objetivo referido); *y por otro lado, el Estado cede a organizaciones privadas especializadas el ejercicio de concretas funciones públicas, de actuación o decisión, sobre la base de su capacidad técnica* (relacionado al segundo objetivo referido).

En tal sentido, es precisa la reflexión que realiza Nieto⁴³⁴ respecto a esta situación. En efecto, lo importante es que el Derecho ponga a disposición de la sociedad técnicas concretas que hagan viable

⁴³² Ídem.

⁴³³ Ídem.

⁴³⁴ NIETO, Alejandro. Op.Cit., pp. 27.

la realización de los intereses colectivos y generales, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los derechos individuales⁴³⁵, independientemente de quién se encargue de su consecución. La clave se encuentra, entonces, en centrar el enfoque en el contenido mismo de la función pública y la necesidad de garantizar su cumplimiento. Es darle más importancia al criterio objetivo de la función pública y no tanto al subjetivo (sin que ello deje de ser un condicionante importante en lo referido a los mecanismos delegatorios correspondientes).

De esta manera, se empieza a dar mayor importancia a la naturaleza de la función desempeñada y no tanto al ejercicio de esas funciones por órganos de la maquinaria estatal propiamente dicha⁴³⁶, toda vez que al final el reparto de las funciones públicas entre el Estado y otros organismos constituye el resultado de una técnica organizativa que varía de un sistema a otro.

Por lo tanto, a través del “Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración” (EPCA) se busca precisamente garantizar que las actividades técnicamente complejas, pero de alta incidencia en los intereses públicos, sean efectivamente realizadas bajo estándares de calidad, eficacia y respeto de los bienes constitucionales comprometidos en ellas, resultados positivos que deberán verse reflejados en un beneficio para la colectividad. La línea va de la siguiente manera:

- 1) El Estado se percató que, en ciertos ámbitos de la sociedad, sus capacidades no resultan suficientes para atender los requerimientos que dichos ámbitos ameritan, y se genera un déficit de resultados a raíz de estas falencias del Estado: ejemplo, las cárceles u otras actividades técnicas.
- 2) Paralelamente, existen entidades o empresas o sujetos privados que sí cuentan con los conocimientos especializados y/o equipos materiales y humanos para realizar dicha actividad de manera eficiente.
- 3) En aras de que la sociedad se beneficie en conjunto, y se puedan atender adecuadamente esos ámbitos descuidados por las falencias y limitaciones del Estado, éste último se vale de las potencialidades del sector privado para que ejerza la función correspondiente a cambio de un beneficio.

Como bien indica Bermejo Vera, *el incesante aumento de las tareas públicas, junto a la necesidad de costear los impresionantes gastos que el desempeño de tales tareas conlleva, así como la necesidad de dar satisfacción a las aspiraciones de importantes sectores de la sociedad*⁴³⁷, explican y justifican la existencia de variados tipos de actividad pública que se ejercen en colaboración⁴³⁸. Este traslado masivo, agrega Esteve Pardo, a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración, *es una muestra y consecuencia de*

⁴³⁵ Bajo este razonamiento, concluye el autor que la vocación del Derecho administrativo moderno consiste, precisamente, en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales. En: Ídem.

⁴³⁶ BALLESTEROS MOYA, Vanessa. “Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*, N° 25, 2013, pp. 04.

⁴³⁷ Continúa señalando el autor que, en efecto, es perfectamente habitual que personas individuales, grupos, entidades o sociedades de naturaleza jurídico-privada, colaboren con la Administración en el ejercicio de funciones públicas. En este sentido, la ley o la Administraciones públicas trasladan a sujetos u organizaciones de naturaleza jurídico-privada el cumplimiento de actividades específicas y propias de aquellas, transmitiendo, junto a los cometidos o funciones, las prerrogativas y límites que presiden el mismo ámbito de operaciones de las Administraciones públicas. En: BERMEJO VERA, José. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Aragón, N° 20, 2002, pp. 300-301.

⁴³⁸ En la misma línea, Enrique Rajevic resalta el hecho de que, en casi todas las sociedades, algunas funciones públicas son abordadas por sujetos privados, tanto por el crecimiento espectacular de las tareas estatales en el siglo XX y la falta de recursos o conocimientos especializados en el Estado, como por la marejada privatizadora de fines del pasado siglo. En: RAJEVIC MOSLER, Enrique. *Op.Cit.*, pp. 221.

*la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre Estado y sociedad, la cual es alentada por la obtención de mejores medios técnicos, capitales económicos, conocimiento científico, o eficacia gestora*⁴³⁹.

En tal sentido, coincidimos con Galán Galán, en señalar que las razones que explican esta asociación entre Estado y particulares pueden reconducirse a tres líneas argumentales. De un lado, se encuentra la falta de medios de la administración, tanto materiales como personales. En segundo lugar, la falta de conocimientos técnicos de la Administración. Y, por último, la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión⁴⁴⁰.

Esta manifestación extraordinaria, mas no antitética, de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas no surge entonces de forma aislada o repentina, o por mero capricho de los teóricos que han analizado su contenido desde varios años atrás. Todo lo contrario. Como bien apunta Canals, esta peculiar expresión de colaboración se inicia y desarrolla en un marco social concreto, siendo, entre otras causas, la complejidad técnica que debe afrontar la Administración para servir a los intereses colectivos su principal factor de expansión: *La técnica exige, en definitiva, complejas estructuras orgánicas para abarcar la propia complejidad de su gestión y control*⁴⁴¹.

Debemos dejar algo en claro, y es que no se trata de un mero apoyo logístico de las Administraciones para atender tareas menores, sino de un específico método de colaboración público-privada en el que se trasladan auténticas funciones públicas de poder y/o autoridad. En efecto, no se trata de la colaboración excepcional de un sujeto privado concreto para una actuación administrativa asimismo concreta, sino de la cesión de poderes, potestades o autoridad a un conjunto de entidades de carácter privado⁴⁴². Tampoco se trata, como ya explicamos a profundidad en el punto 2.3.4.2 del presente capítulo, de una prestación de servicios públicos. Las entidades privadas colaboradoras, en virtud del EPCA, no prestan un servicio público, sino una auténtica función pública. No se trata del ejercicio de una actividad contingente de servicio público, sino de algo esencialmente distinto⁴⁴³.

En suma, *se trata de hacer encajar estas diversas opciones organizativas, procedentes de ámbitos diferentes al puramente público, en la estructura administrativa sobre la que ya no reina, en régimen de monopolio, el Derecho administrativo*⁴⁴⁴. Es, en efecto, la búsqueda de solución a una nueva circunstancia crítica por parte del derecho, la de afrontar los nuevos retos que demanda el desarrollo y tutela de las necesidades sociales. Es el resquebrajamiento de algunas nociones tradicionales, en el que los límites de lo público y lo privado van desdibujándose para interiorizar nuevas y mejores formas organizativas.

En este sentido, el EPCA no se reduce a la mera búsqueda de vías de colaboración en tareas de simple gestión o ejecución material de políticas y decisiones públicas, de simple colaboración en la ejecución administrativa⁴⁴⁵ (que puede realizar mediante simples encargos de gestión, como se verá luego). Se trata, precisamente, de mecanismos de Colaboración Público-Privada que inciden en los ámbitos originalmente exclusivos de la Administración, dando como resultado la existencia de potestades administrativas ejercidas por órganos administrativos en su forma tradicional, junto con supuestos en

⁴³⁹ ESTEVE PARDO, José. "La extensión del derecho público: una reacción necesaria". En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 189, 2012, pp. 15-18.

⁴⁴⁰ GALÁN GALÁN, Alfredo. "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración". En: *Anuario de Derecho Municipal*. Madrid, N° 2, 2009, pp. 66.

⁴⁴¹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 49.

⁴⁴² *Ibidem*, pp. 75.

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 281-282.

⁴⁴⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. Op.Cit., pp. 113.

⁴⁴⁵ CANALS I AMETLLER, Dolors. "El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración". Op.Cit., pp. 25.

que los que esas potestades son ejercidas a través de formas jurídicas típicas del Derecho privado, o incluso por sujetos privados a cambio de contraprestaciones económicas ⁴⁴⁶.

2.4.2. Análisis de constitucionalidad de los bienes jurídicos comprometidos en un esquema de EPCA. ¿Nuestra Constitución permite este tipo de mecanismos de colaboración?

Antes de continuar con el análisis legal de esta figura administrativa, es necesario realizar brevemente un examen de los bienes jurídicos comprometidos en ésta para verificar si estos tipos de formas de colaboración con los privados no vulneran los estamentos constitucionales de nuestro ordenamiento. Si bien nuestro marco legal permite, aunque ambigualmente, la traslación de ciertas funciones públicas a los particulares, dicha posibilidad no se desprende con claridad de nuestra Constitución, lo cual debe llamar nuestra atención.

Como bien señala el profesor César Landa, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho⁴⁴⁷. En este sentido, no es suficiente que el marco legal sea contundente y claro sobre una situación jurídica específica, toda vez que muchas veces dicho reconocimiento legal puede estar apoyado en elementos contrarios a los fundamentos constitucionales. Y a su vez, dando incluso por sentado que no existe impedimento constitucional alguno para que la Administración realice este tipo de esquemas de colaboración con entidades privadas, tampoco son claros los límites constitucionales a dicha facultad que deben estar presentes para tutelar adecuadamente los bienes jurídicos comprometidos en estas formas de colaboración.

Vayamos por partes. ¿Nuestra Constitución permite este tipo de mecanismos de colaboración con los privados? ¿O es que nuestra Constitución mantiene, ya sea expresa o implícitamente, una reserva para que estas funciones estatales únicamente sean ejercidas por entidades públicas? Al respecto, debemos señalar que nuestra Constitución, a diferencia de otras, no es expresa en señalar si los agentes privados pueden realizar funciones públicas por traslado del Estado. Así, por ejemplo, en el ordenamiento colombiano la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas ha sido reconocida constitucionalmente. Sobre esto último, indica Suárez Tamayo que, *si bien en principio, la titularidad de las funciones públicas administrativas está en cabeza del Estado colombiano, excepcionalmente estas pueden otorgárseles a personas u organismos particulares*⁴⁴⁸.

En el ordenamiento peruano, no obstante, no existe reconocimiento ni prohibición constitucional expresa sobre la ejecución de estas formas de colaboración, de modo tal que, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución⁴⁴⁹, la solución a esta interrogante deberá provenir de fundamentalmente de la interpretación. La interpretación constitucional a realizar, tendrá que enfocarse en las disposiciones que estén directamente involucradas con dos aspectos específicos que se desprenden de estas formas de colaboración, y que son, por un lado, *el derecho de los administrados de participar en los asuntos de la Administración*, y por el otro, *el deber del Estado de garantizar la realización y prestación de ciertas funciones y actividades*.

⁴⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. Loc.Cit.

⁴⁴⁷ LANDA, César. “La Constitucionalización del Derecho Peruano”. En: *Revista de Derecho PUCP*. Lima, N° 71, 2013, pp. 14.

⁴⁴⁸ En efecto, la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 123, establece expresamente que será el legislador quien determine el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regule su ejercicio, y en su artículo 210 señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señala la ley. En: SUÁREZ TAMAYO, David. Loc.Cit.

⁴⁴⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 36.

Tal como señalamos en el capítulo anterior, el concepto de participación de los ciudadanos engloba una serie de derechos constitucionalmente protegidos, en los que destacan los supuestos recogidos en el numeral 17 del artículo 2, y en el artículo 31 de la Constitución⁴⁵⁰, así como los descritos en los artículos⁴⁵¹ 2 y 3 de la Ley N° 26300 (Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos). Dichos dispositivos desarrollan de manera general los derechos de participación en la vida política, económica, social y cultural; el derecho de voto o elección, los derechos de remoción o revocación de autoridades públicas, el derecho de participar en la elaboración de iniciativas legislativas, iniciativas de reforma constitucional, y el derecho de referéndum. Indicamos también que dicha noción de participación ciudadana terminaba siendo muy restringida, en la medida en que desconocía todo el universo de posibles escenarios en los que los ciudadanos o administrados pueden involucrarse en los asuntos públicos de su interés más allá de los derechos de participación política, como sí sucede en los ordenamientos constitucionales de otros países⁴⁵².

En este sentido, la noción de participación de los administrados debe considerarse desde una vertiente amplia, que englobe no solo los derechos de participación política, sino también los derechos de participación en todos los ámbitos de incumbencia social, en los que los ciudadanos-administrados vean reflejados sus intereses. Siendo esto así, es entendible que, en virtud de esta concepción amplia de participación, cada vez más los particulares realicen actividades que en principio únicamente realizan los Estados. Es el caso de los servicios públicos, facultad que se desprende del artículo 58 de la Constitución⁴⁵³, en el que se resalta la obligación del Estado de promover y garantizar la prestación de servicios públicos, haciendo énfasis en una “actuación principal” del Estado, mas no en una actuación directa.

Esto último nos dirige al segundo elemento a interpretar, que es el del deber del Estado de garantizar la realización de ciertas actividades de interés para los ciudadanos. Como dijimos, nuestra Constitución no habilita ni prohíbe expresamente la participación de particulares en el ejercicio de actividades públicas, pero las mismas nociones de un Estado *garante* de la prestación de ciertos servicios y funciones a la sociedad nos da ciertas luces respecto a la viabilidad constitucional de dichas formas de colaboración. En efecto, más allá de la teoría constitucional construida sobre la institución de los servicios públicos, existen otras actividades no prestacionales, sino más bien funcionales, que también ingresan en la órbita de la noción constitucional del Estado *garante*.

⁴⁵⁰ Artículo 2. - Derechos fundamentales de la persona: (...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (...)

Artículo 31. - Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (...)

⁴⁵¹ Artículo 2.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

a) Iniciativa de Reforma Constitucional; b) Iniciativa en la formación de las leyes; c) Referéndum; d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y, e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

Artículo 3.- Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

a) Revocatoria de Autoridades, b) Remoción de Autoridades; c) Demanda de Rendición de Cuentas; y, d) Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

⁴⁵² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”. Op.Cit., pp. 133.

⁴⁵³ Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

De una revisión de los dispositivos que desarrollan el régimen constitucional de la función pública (artículo 39 y ss.), no se extrae definición alguna de dicha noción, pero tampoco se ventila una reserva constitucional para que el ejercicio de ésta sea exclusivamente realizado por los funcionarios y empleados públicos vinculados en una relación laboral con el Estado. En este sentido, la Constitución no establece una reserva expresa a la participación de sujetos no vinculados orgánicamente con el Estado para el ejercicio de la función pública; pero suponer que, con ello, implícitamente habilita dicha posibilidad, es aún difícil.

Ello nos obliga a revisar las mismas concepciones sobre el ejercicio del poder, en la medida en que las funciones públicas, y funciones estatales en general, están siempre vinculadas en mayor o menor medida al ejercicio de atribuciones derivadas del poder estatal. Al respecto, el artículo 45 de la Constitución señala lo siguiente: *“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.”*

Analicemos el contenido del citado artículo. El poder, como sabemos, es originalmente delegado por el pueblo al Estado, para que éste lo distribuya en toda su estructura y lo ejerza teniendo como fin la tutela y promoción del bienestar de todas las personas que conforman la nación. Ahora, la Constitución señala que *“quienes lo ejercen (el poder)”*, *lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*. Podemos ver que no se hace referencia expresa a quiénes son los que, subjetivamente, deben ejercer éste poder. La lógica jurídica nos direcciona a que estos destinatarios deben ser los sujetos vinculados a la estructura del Estado; no obstante, esta configuración parece vincularse más a una atribución por excelencia más que a una atribución por exclusión.

Ahora, si bien el artículo es expreso en señalar que ninguna persona o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder, ello debe entenderse en el sentido de que ningún sujeto, ya sea público o privado, puede auto-atribuirse titularidad y/o ejercicio alguno de poder. Es decir, ningún sujeto, grupo, ente o asociación puede deliberadamente y por su propia voluntad arraigarse el poder que ostenta el Estado democrático, pues ello implicaría un ejercicio ilegítimo, usurpador, inconstitucional. Nadie se puede auto-atribuir el poder emanado del pueblo, pues la titularidad de aquel lo ostenta única y exclusivamente el Estado en representación de éste.

En este sentido, el referido artículo proscribire un ejercicio ilegítimo del poder, lo cual es coherente con las bases constitucionales y democráticas de nuestro ordenamiento. No obstante, el hecho de que nadie pueda por sí mismo arraigarse la titularidad y/o ejercicio del poder, no quiere decir que el ejercicio de éste pueda, legítimamente, ser distribuido dentro del marco de los límites legales y constitucionales. En efecto, el citado artículo no excluye los supuestos de una delegación del ejercicio del poder (nunca la titularidad) a otros sujetos o entidades, sean públicos o privados. Pero el reto se encuentra justamente en identificar alguna disposición constitucional que, de manera positiva y aunque implícita, pueda dar cuenta de una habilitación de la Constitución que no se limite únicamente a criterios negativos. Es decir, una conclusión a la que llegue no sólo por afirmar que la Constitución no ha hecho “prohibición expresa”.

Consideramos que ello puede entenderse a partir de la obligación constitucional que tiene el Estado de garantizar el bienestar de los ciudadanos, en todos los ámbitos y sectores involucrados con el desarrollo de la sociedad. Se trata de enfocarnos en la finalidad del Estado, traducida en el deber de brindar un bienestar general a las personas, para lo cual debe adoptar las medidas necesarias (dentro del respeto de los límites constitucionales) que permitan garantizar dichos objetivos. El artículo 44

reconoce este deber al señalar que “*son deberes del Estado (...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.*”

De este modo, interpretando sistemáticamente la Constitución, podemos identificar la presencia de un “Estado *garante*” que se compromete en brindarle a los ciudadanos una serie de prestaciones de diferente contenido, para lo cual debe actuar en ejercicio del poder que el mismo pueblo le ha otorgado para la tutela de sus derechos e intereses. Y como se trata de un Estado *garante*, su compromiso es lograr ese fin utilizando todos los medios que, dentro de los límites, estén a su alcance.

Si el Estado, por sí solo no puede conseguir dicha finalidad, la garantía debe cumplirse a través de otros canales, y la no existencia de una prohibición expresa para la participación de otros sujetos en el ejercicio del poder, sumado al fomento de los derechos de participación ciudadana en sentido amplio en los asuntos de la Administración, dan como resultado una habilitación constitucional implícita a que el Estado se valga de la colaboración de los particulares para el ejercicio de ciertas actividades públicas derivadas del poder.

Lo anterior debe interpretarse siempre dentro de los límites correspondientes que derivan de la misma Constitución. Así, encontramos un primer límite en el supuesto de las funciones “esenciales” o “nucleares” del Estado, indelegables por naturaleza a la esfera de ejercicio privada. Si bien la limitación del Estado a funciones “nucleares” fue un principio inspirador que acompañó su formación liberal, y que fue poco a poco diluyéndose para extender su radio de intervención hacia más amplios sectores en aras del orden público interno⁴⁵⁴, ello no significa que hoy en día no existan funciones primordiales, esenciales y nucleares del Estado, que por su naturaleza y repercusión sean indelegables a los particulares.

Como bien señala Sayagués Laso⁴⁵⁵, *las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad como tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo.* Con ello, entendemos que existirán ciertas funciones que indudablemente no se confunden en esa *zona gris* que entremezcla la participación de los administrados con las funciones del Estado, toda vez que los bienes jurídicos comprometidos son tan delicados que resulta inimaginable conferir su ejercicio a terceros. Ejemplo de ello son las funciones de relaciones exteriores, la defensa nacional, la impartición de justicia y la legislación nacional. Tales funciones del Estado deben estar siempre a cargo de éste y no puede concebirse que sean encomendadas a particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indelegables. Esos cometidos son inherentes al Estado y deben ser ejecutados por él mismo, en forma directa⁴⁵⁶.

Finalmente, toda forma de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas debe tutelar los derechos fundamentales de las personas que se puedan ver comprometidos en la función ejercida. Si la prestación de servicios públicos por empresas privadas debe estar siempre acorde al respeto de estos bienes jurídicos, evitándose con ello toda forma de vulneración de la moral, salud, o seguridad pública de las personas a raíz del ejercicio de la actividad misma; dicha exigencia debe verse igualmente constatada en los casos de un ejercicio privado de las funciones del Estado.

Como hemos visto, las funciones públicas implican el ejercicio de poderes de autoridad o prerrogativas públicas susceptibles de incidir sobre la libertad y situación jurídica de los administrados. En este sentido, cualquier forma de delegación de este ejercicio a los particulares debe necesariamente

⁴⁵⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 07.

⁴⁵⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Op.Cit., pp. 56.

⁴⁵⁶ Ídem.

enmarcarse en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, según las pautas y criterios que la misma Administración seguiría si por sí misma realizara dichas funciones, y sometiéndose siempre al régimen de derecho administrativo.

Cabe resaltar una importante apreciación realizada por el jurista italiano Gianluca Gardini sobre estos puntos. Según dicho autor, lo interesante desde este punto de vista teórico, se refiere a los límites constitucionales dentro de los cuales puede asignarse a un sujeto privado el ejercicio de funciones públicas. Al respecto, indica Gardini que el Tribunal Constitucional italiano ha señalado⁴⁵⁷ que *la exclusión de agentes privados en el ejercicio de funciones públicas carece de fundamento, toda vez que la opción de contar con dicho mecanismo corresponde a una decisión discrecional del legislador de permitir que algunas funciones, objetivamente públicas, puedan ser desarrolladas también por sujetos privados*⁴⁵⁸.

Gardini es de la opinión de que *debe evitarse caer en el erróneo presupuesto de que el ejercicio de las funciones públicas de una administración pública deba realizarse, necesariamente, utilizando exclusivamente los empleados vinculados por una relación laboral estable con dicha Administración. Sin embargo, si se lleva al límite, dicha fórmula participativa sería abiertamente censurable desde el punto de vista de la racionalidad y de la proporcionalidad, por ser perjudicial a la tutela de los bienes constitucionales comprometidos*⁴⁵⁹.

Por lo tanto, consideramos que el *Ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (EPCA) tiene un respaldo constitucional derivado de dos elementos específicos. Por un lado, se trata de una expresión moderna y específica del derecho de participación ciudadana de los administrados, que sirve de base genérica y legitimante; y por el otro, se trata de una armonización de la propuesta con el deber del Estado de garantizar determinadas prestaciones funcionales y económicas a la sociedad misma, objetivo el cual debe conseguirse mediante actuaciones directas o indirectas.

2.4.3. Propuesta de definición del EPCA

El EPCA, como figura del Derecho público, no ha sido armónicamente aceptado por toda la doctrina. Así, por ejemplo, Martínez López-Muñiz ha señalado que el ejercicio de funciones o potestades públicas debe entenderse completa, rigurosa y constitucionalmente reservado a los funcionarios de las entidades públicas y a su específico régimen jurídico-público, quedando todas estas modalidades posibles de actuación administrativa sometidas al Derecho público⁴⁶⁰.

En esta línea destaca también Izquierdo Carrasco, para quien el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas *corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos*⁴⁶¹. De otro lado, para García Ureta, lo que no se acepta de la atribución de potestades (como la de supervisión) a los particulares es que *conduzca a la adopción de actos administrativos*

⁴⁵⁷ En ocasión del pronunciamiento de la Corte Constitucional, que tuvo que pronunciarse sobre la legitimidad de las normas que permitían la adjudicación a los auxiliares de tráfico de los poderes de contestación inmediata, así como de redacción y de aceptación del acta de valoración de algunas de las infracciones de las normas de circulación viaria, con la eficacia de una prueba legal, en virtud de los artículos 2699 y 2700 del Código Civil italiano.

⁴⁵⁸ GARDINI, Gianluca. Op.Cit., pp. 434-435.

⁴⁵⁹ Ídem.

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (segunda parte)”. En: *Revista General de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 26, 2011, pp. 40; y, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?” Op.Cit., pp. 60-62.

⁴⁶¹ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”. En: *Derecho de la Regulación Económica*. Santiago Muñoz Machado (Dir.) y otros. Madrid: Editorial Iustel, 2010, pp. 486. Cita original de: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio”. En: *Revista Themis*. Lima, N° 69, 2016, pp. 127.

en los que se ejercen potestades públicas de mayor trascendencia⁴⁶². Finalmente, López Menudo incluso ha llegado a señalar que *no hay situación más peligrosa para la libertad y seguridad jurídica que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas*⁴⁶³.

Pese a ello, la idea de colaboración empresarial en el ejercicio de las funciones públicas es una realidad material y jurídica hoy en día, y su expresión es diversa al punto de abarcar sectores y actividades notoriamente disímiles entre sí. Las Administraciones, cada vez más, están apostando por estas técnicas administrativas para “descargar” las tareas de sus ámbitos de competencia. La falta de medios, la falta de conocimientos, la falta de técnicas, entre otras razones, motivan a las Administraciones a cada vez más apoyarse en un sector privado especializado y materialmente eficiente para que colaboren en el desarrollo de tareas de contenidos complejos y de gran trascendencia pública. Ejemplo de ello es el auge de la participación privada en actividades tales como la Inspección Técnica de Vehículos, la supervisión en el sector eléctrico, el control de calidad industrial, la gestión urbanística, la participación de entidades bancarias y cajas de ahorros para la colaboración en la gestión tributaria y recaudo de impuestos, la colaboración en seguridad social y asistencia social, entre otras⁴⁶⁴.

Todas estas actividades indudablemente involucran intereses públicos que se encuentran comprometidos en su ejercicio, que en principio deberían realizar las Administraciones por estar legalmente facultadas y obligadas a ello, pero es precisamente esta nueva óptica de colaboración para el ejercicio de funciones públicas la que termina rompiendo los paradigmas ordinarios y tradicionales de la actividad administrativa. Como bien destaca Gardini, *las administraciones públicas no siempre van a tender a desarrollar sus tareas administrativas a través de sus propios órganos, pues existen casos en los que puede resultar ventajoso y eficaz confiar el ejercicio de las funciones públicas a sujetos privados*⁴⁶⁵.

Paralelamente, debemos destacar que la doctrina no ha pasado desapercibida la viabilidad de este fenómeno colaborador, toda vez que la existencia de estas formas de colaboración ha despertado la curiosidad en la investigación de las razones y métodos a través de los cuales se explica legalmente este nuevo sistema de participación privada. En este sentido, la participación empresarial en las funciones del Estado ha cobrado, en los últimos años, un desarrollo contundente en la doctrina comparada, en cierta medida, como consecuencia posiblemente de intereses económicos empresariales, pero también como consecuencia de la necesidad de acentuar la imposibilidad de considerar lo público como un reducto exclusivo de la actividad de la Administración⁴⁶⁶.

Más allá de las oposiciones que algunos autores señalen respecto a esas formas de intervención de la Administración en colaboración con los particulares, lo cierto es que, como advierte Zegarra, la doctrina reconoce que los ordenamientos jurídicos acaban por admitir esta posibilidad, siempre y cuando se cumpla con algunas condiciones concurrentes, que son: la expresa previsión de una norma

⁴⁶² Afirmación hecha en base a lo señalado en el artículo 15.5 de la derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), en el cual se estableció que no cabe encomendar a personas o entidades sujetas a derecho privado actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo. En: GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 249. Cita original de: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Loc.Cit.

⁴⁶³ LÓPEZ MENUDO, Francisco. “El Derecho Administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias”. En: *La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo*. Vol. I. Madrid: Editorial Civitas, 1994, pp. 574.

⁴⁶⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad. Op.Cit., pp. 92.

⁴⁶⁵ GARDINI, Gianluca. Op.Cit., pp. 433.

⁴⁶⁶ GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas”. En: *Revista Presupuesto y Gasto Público*. Madrid, N° 45, 2006, pp. 38.

con rango de ley, la garantía de los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego, y que exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación⁴⁶⁷.

A partir de la denominación de “Entidades colaboradoras de la Administración pública”, conocidas como “ECAs” en la doctrina española, se engloba en términos generales a cualquier persona jurídica, pública o privada, que presta un auxilio solicitado por la Administración pública⁴⁶⁸. Es en virtud de esta categoría general, del ECA, que posteriormente se construye la denominación más específica de las *Entidades privadas colaboradoras de la administración* (EPCA), figura la cual se identifica como una forma más, aunque tenuemente explorada en nuestro medio, de colaboración público-privada para la atención de fines de interés público.

Lo cierto es que, si bien dicho mecanismo de colaboración no ha repercutido académica y normativamente como se esperaría en nuestro país, otras formas de colaboración no han tenido el mismo destino, y, por el contrario, sí han sido objeto de un extenso desarrollo teórico, legislativo y jurisprudencial. No todo es malo, pues esto demuestra que nuestro ordenamiento jurídico es asiduo en desarrollar distintas formas de colaboración público-privada, pudiendo entonces aprovecharse esta tendencia para incentivar el estudio de la figura que nos corresponde.

La contratación pública de obras, bienes y/o servicios, regulada en la Ley N° 30225 (y modificada por Decreto Legislativo N° 1341); la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y/o servicios públicos, regulados anteriormente por el D.S. N° 059-96-PCM, y hoy regulado por la nueva norma de Asociaciones Público-Privadas aprobada por el Decreto Legislativo N° 1224; el mecanismo de las Obras por Impuestos, regulado en la Ley N° 29230 (y modificado por Decreto Legislativo N° 1250); entre otras modalidades, son muestra de las diversas formas en las que se plasma, en mayor y menor medida, la idea de colaboración público-privada entre Estado y privados.

La Colaboración Público-Privada (en adelante, “CPP”), como se verá posteriormente, hace referencia a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio⁴⁶⁹. Pero más allá de esta descripción específica, podemos identificar una noción más amplia, relacionada a una *idea* que plasma la existencia de toda forma de colaboración entre Administración y privados para llevar a cabo un proyecto o prestación de interés público.

Usualmente se suele vincular los mecanismos del CPP a sólo algunas formas contractuales tradicionales, como las concesiones administrativas en virtud de Asociaciones Público-Privadas e Iniciativas Privadas para la prestación de servicios públicos u obras públicas, quizá por el hecho de ser mecanismos sumamente utilizados en virtud de la normativa sectorial que acompaña esta figura.

No obstante, y como se verá mejor en la sección 2.4.8 del presente capítulo, la CPP no se reduce a estas únicas formas. Su contenido es amplio y *numerus apertus*, pudiendo abarcar nuevas formas de expresión de participación privada con el Estado, o simplemente formas existentes, pero no

⁴⁶⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op.Cit., pp. 127-128.

⁴⁶⁸ OJEDA MARÍN, Alfonso. “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”. En: *Libro homenaje al profesor José Antonio García-Trevijano Fos*. Madrid: Colegio Universitario de Estudios Financieros/Instituto de Estudios Financieros/Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 613. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 116.

⁴⁶⁹ Comisión de las Comunidades Europeas: Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones – COM (2004) 327 Final, Bruselas, pp. 03 (en adelante, Libro Verde – COM (2004) 327 Final).

debidamente desarrolladas, como las que nos concierne en este trabajo. El EPCA, si bien de manera no protagónica, es una forma más de CPP, pese a que no ha sido debidamente regulada como los mecanismos anteriormente referidos.

Ahora, la presente figura jurídica, si bien resulta en principio novedosa⁴⁷⁰ en el estudio de la disciplina administrativa local, tiene ya varios años de planteamiento teórico⁴⁷¹, teniendo sus principales antecedentes en la doctrina italiana del siglo pasado. A continuación, revisaremos los antecedentes más importantes respecto a la figura del EPCA, con el fin de determinar claramente su contenido y elementos.

En el año 1920, en un artículo publicado con el título *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, Guido Zanobini elaboró la noción jurídica del ejercicio privado de una actividad pública. Bajo dicha concepción, se entendió cualquier forma de actuación ejercida por privados direccionada a la consecución de fines públicos, es decir, por personas físicas que no tengan la cualidad de órganos de entes públicos⁴⁷², susceptible de la aplicación e identificación de específicos principios, elementos y consecuencias jurídicas⁴⁷³. De la misma manera, Aldo M. Sandulli estudió el ejercicio de funciones y servicios administrativos por parte de sujetos extraños a la Administración, dando a entender que los particulares pueden sustituir a la Administración bien en la prestación de servicios, bien en el ejercicio de funciones; y esta sustitución puede efectuarse con carácter permanente o ser precaria u ocasional⁴⁷⁴.

Por su parte, Massimo Severo Giannini planteó una teoría semejante, empleando una terminología en la que sustituye la expresión *oficio público* por la de *munera pubblica*, la cual haría referencia a esta específica situación del ejercicio privado de una función del Estado. De otro lado, Renato Alessi resaltó el hecho de que el Estado se sirve de sujetos privados para el desarrollo de la función administrativa, asumiendo éstos la posición de *sujetos auxiliares de la Administración pública*, pero sin entrar a formar parte, subjetivamente, de la Administración misma⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ En España, por ejemplo, su estudio no es tan novedoso. Como señala Dolors Canals, ya en el 1958, en la obra de Villar Palasí denominada "Concesiones administrativas": Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor, Tomo IV, Barcelona, 1958, pp. 684-770, se hacía mención a las llamadas "entidades colaboradoras del seguro de la enfermedad". Agrega la profesora Canals que existen otros casos relacionados, aunque no por ello con un régimen jurídico claro y preciso, como las entidades colaboradoras en la gestión urbanística, las entidades bancarias y cajas de ahorro, las empresas colaboradoras con los organismos de cuenca en materia de control de vertidos, entidades colaboradoras en materia de seguridad social, entre otras. En: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 92.

⁴⁷¹ Por ejemplo, ya en 1988 Alberto Bianchi hacía referencia a este tipo de formas organizativas, para tratar de explicar, en sus palabras, los casos en los que la Administración concedía a los particulares el ejercicio de prerrogativas de poder público. Para ello, el referido autor hizo referencia a la figura de "delegación estructural de cometidos", la cual tenía lugar cuando la Administración transfiere el ejercicio de un determinado cometido en favor de un ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo. En: BIANCHI, Alberto. Op.Cit. pp. 275.

⁴⁷² ANDRÉS AUCEJO, Eva. Op.Cit., pp. 12-13.

⁴⁷³ Según Eva Andrés Aucejo, a partir de su análisis a la obra de Zanobini, serían principios relevantes de tales actividades los siguientes: i) Los privados que ejercen tales actividades públicas no por ello forman parte del personal de los entes públicos ni tampoco existe confusión de patrimonios (privado/público), y, ii) El ejercicio privado no representa una tercera especie de administración, sino un medio particular del cual se vale el Estado y entes públicos. Asimismo, los elementos esenciales del concepto que se trata son: i) El carácter público de las funciones del servicio: debe tratarse de una actividad que representa una potestad propia del Estado u otro ente público, y, ii) El carácter privado del sujeto que ejerce la función. Tales sujetos no actúan en nombre propio sino siempre en nombre del ente, de cuya organización forman parte. Y las consecuencias del carácter público de las funciones y servicios ejercitados por el privado serían: i) La necesidad, la mayoría de las veces impuesta por Ley, de que el sujeto cuyo ejercicio viene atribuido el servicio, presente requisitos de capacidad similares a los requeridos habitualmente para el nombramiento de los sujetos de los entes públicos, ii) El control que el ente titular de la función o del servicio ejercita sobre la actividad del privado para asegurarse que esta corresponda realmente a los fines públicos a los cuales debe estar dirigida, y, iii) La responsabilidad disciplinaria, a la cual –la mayor parte de las veces– están sujetos aquellos que ejercitan las funciones o los servicios de aquellos de que se trata. En: Ídem.

⁴⁷⁴ SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1775-1776.

⁴⁷⁵ Ídem.

Este último autor llega a distinguir los siguientes supuestos: a) la categoría de los profesionales encargados de una función pública (como los notarios o capitanes de buque), b) la categoría de los concesionarios de servicios públicos, esto es, particulares que ejercitan por cuenta de la Administración un servicio público en virtud de un acto de concesión otorgado por la Administración misma, c) y también el caso excepcional de los particulares que, ejercitando una actividad pública administrativa sin título específico, tienen, sin embargo, una autorización legislativa para actuar⁴⁷⁶.

De la experiencia italiana recaída sobre el tratamiento de esta figura jurídica, podemos aterrizar en tres conclusiones preliminares:

- i) La primera, es que los juristas italianos, ya desde el siglo pasado, vieron por bien regular los supuestos en los que los particulares se involucraban en las tareas de índole públicas, desarrollando funciones estatales desde su posición como agentes privados: *reconocimiento de la figura*.
- ii) La segunda, es que se llegaron a establecer, aunque tenues, ciertas distinciones al momento de desarrollar este concepto participativo, pues dentro del mismo no sólo se hizo referencia a los casos en los que los particulares prestan servicios públicos, sino que también se refirieron a los supuestos de la participación de sujetos privados en las funciones del Estado (diferente al caso francés en el que los caracteres destacados de los servicios públicos eran igualmente aplicados en las funciones públicas⁴⁷⁷).
- iii) Y la tercera es que, a consecuencia de esto último, los supuestos de participación privada en las funciones públicas fueron bastante variados y complejos, no pudiendo establecerse un tipo específico de participación privada en el ejercicio de dichas funciones, sino más bien una serie de supuestos con un denominador en común⁴⁷⁸.

Esta última conclusión se desprende más como un efecto negativo, pues en efecto, el problema fundamental que plantea esta categoría es la extrema heterogeneidad de los supuestos que pueden encuadrarse en ella⁴⁷⁹. Por ello, Sainz Moreno indicó que ante esta variedad de casos surgió una primera cuestión: *¿Tenía sentido encuadrar todos estos supuestos en una sola categoría?*⁴⁸⁰ ¿Tenía sentido reducir los diferentes escenarios de participación privada en las funciones públicas en una específica categoría de por sí ya desdibujada en sus contornos?

Curiosamente consideramos que sí y que no. En efecto, es importante y hasta necesario categorizar las nociones jurídicas, para tener una sistematización más clara y tener una mejor ubicación de los conceptos. Pero a su vez, el problema que genera ello es la compilación de supuestos que pueden ser un tanto disímiles entre sí si se realiza un examen profundo de sus contenidos. En todo caso, al no ser el EPCA un concepto extensamente desarrollado en la literatura administrativa peruana y comparada, es entendible que se produzcan estos contrasentidos.

⁴⁷⁶ Ídem.

⁴⁷⁷ Como se señaló anteriormente, la mayor parte de las notas que los franceses aplicaron a su concepto de servicio público son notas o fundamentos aplicables a las funciones públicas, y el error de ellos radica en haber querido ampliarlas a los verdaderos servicios que se desarrollan en el campo económico y social. Revisar: ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado. Op.Cit., pp. 296; y, GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio. Op.Cit., pp. 22.

⁴⁷⁸ Es el caso de la distinción que, hoy en día, se podría realizar respecto al EPCA y el Ejerciente privado de funciones públicas, como conceptos separados que serán revisados posteriormente.

⁴⁷⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. Op.Cit., pp. 118.

⁴⁸⁰ SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1774.

Y es este el riesgo que genera el análisis de la presente figura, una categoría, como se dijo, tan desdibujada en sus contornos, quizá por la función misma que cumple: cubrir el campo que media entre los profesionales libres y los funcionarios públicos en sentido estricto⁴⁸¹. Metodológicamente, sirve como una ayuda inicial asemejar todas las formas de participación privada en funciones públicas en una categoría general, pero a efectos más puntuales y teóricos, dicha categorización general es contraproducente, pues no reconoce la real delimitación entre diferentes formas en que dicha noción se expresa: el EPCA es sólo una de ellas.

Por ello, sostenemos que a efectos de entender mejor la noción que nos concierne, es necesario describir los principales elementos que definen al EPCA, sin perjuicio de que posteriormente revisemos sus específicas distinciones frente a otras figuras vinculadas.

En este sentido, y sin perjuicio de ser extensos en la descripción, proponemos definir el EPCA como:

“Una técnica administrativa destinada a atender los supuestos en los cuales la gestión estatal de algunas funciones públicas no logra los resultados esperados por la ausencia de elementos, conocimientos o capacidades del organismo público que está llamado a realizarlas. Técnica administrativa que se manifiesta como una forma de colaboración público-privada en la que se produce un traslado de auténticas funciones públicas a la esfera de ejercicio de personas jurídicas privadas, con mayor capacidad o especialización sobre la materia correspondiente, para que las realicen bajo estrictos estándares de calidad y eficacia, a cambio de un beneficio económico derivado de la ejecución de la función pública trasladada”.

2.4.4. Elementos constituyentes del EPCA

El EPCA no es una figura jurídica que haya sido del todo abordada por la doctrina nacional⁴⁸², y menos aún por nuestro ordenamiento jurídico vigente⁴⁸³, en la medida en que se trata de un concepto que tenuemente se desprende de normas como el TUO de la LPAG, la Ley N° 29237 (sobre ITV), Decreto Legislativo N° 1229 (sobre concesiones de cárceles), la Ley N° 29325 y la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD (sobre Terceros Supervisores de OEFA), la Ley N°

⁴⁸¹ SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1774.

⁴⁸² Para una idea introductoria, en mayor y menor medida, sobre los casos de participación privada en el ejercicio de funciones públicas y el contenido mismo de la institución de función pública y administrativa, revisar: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú. Loc.Cit.; ABRUÑA, Antonio. “¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?” En: *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2007 / Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano. Palestra Editores: Lima, 2010; MARTIN TIRADO, Richard. El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, Año 22, N° 36, 2011; CÁCERES FREYRE, Fernando. Loc.Cit.; SALAZAR, Ricardo. Loc.Cit.; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Un acercamiento al concepto de función administrativa en el Estado de Derecho”. Loc.Cit.

⁴⁸³ Más allá de la tenue y excesivamente limitada regulación de los casos de delegación de funciones públicas y encomienda de gestión de funciones administrativas, reguladas en el TUO de la LPAG, nuestra legislación vigente no ha desarrollado ni tutelado los casos de ejercicio de funciones públicas por entidades privadas en relaciones de colaboración. Nuestra legislación ha sido contundente en la regulación de otras formas de colaboración público-privada, pero lamentablemente no ha existido una adecuada consideración de estos otros supuestos para su desarrollo normativo. Lo dicho se contrasta, y confirma, con la apreciación realizada por el profesor José Bermejo Vera, quien en su momento ya había advertido esta situación señalando que las legislaciones “han sido hasta el momento incapaces de abordar este creciente fenómeno de gestión indirecta de tareas administrativas, limitándose a prever la posibilidad, pero sin aplicar o prever la aplicación de las consecuencias que ello conlleva”. Y es que, continúa el autor, “si se desplaza la realización de algunas tareas administrativas de la Administración pública a gestores o agentes particulares, también el Derecho administrativo, en lo que fuera aplicable, debería afectar a los modos de gestión y actuaciones de tales agentes, en la medida en que se hayan en juego los privilegios o prerrogativas que adornan la realización de estas tareas administrativas y las garantías jurídico-administrativas de los ciudadanos”. En: BERMEJO VERA, José. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, N° 20, 2002, pp. 301.

27699 y la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD (sobre empresas supervisoras contratadas por OSINERGMIN), entre otras.

En este sentido, superfluamente se han ido dando revisiones en extremo generales, aunque valiosas, sobre los casos de participación de los particulares en las funciones públicas de la Administración, sin trazar una clara delimitación del contenido y elementos que esta figura posee, y menos aún plasmar una especial denominación a dicho fenómeno, como sí sucedió en el caso de los servicios públicos y otros medios contractuales de CPP.

No obstante, el análisis de estas primeras visiones doctrinales en nuestro medio local, sumadas a las ya más elaboradas investigaciones realizadas, principalmente, en la doctrina española, chilena y argentina, nos dan luz de ciertas características o elementos que se encuentran presentes en el, vagamente denominado, EPCA, y que conforman los primeros esbozos de su régimen jurídico.

Así, se ha señalado que el EPCA contiene ciertos rasgos característicos que lo delimitan, los cuales serían los siguientes⁴⁸⁴:

- Son siempre entidades, personas jurídicas.
- Son entidades de origen y régimen privado.
- Estas entidades tienen fines de lucro.
- Tienen una alta especialización en una materia en concreto.
- Son imparciales.
- Realicen auténticas funciones públicas.
- Colaboran solo en el ejercicio de la función trasladada.

El EPCA tiene, entonces, algunos elementos que lo definen y que constituyen los caracteres que determinan su categoría dentro de la disciplina del derecho administrativo. Y es que, independientemente de las nociones relacionadas que tienen su origen en la construcción tan ambigua que hizo la doctrina italiana respecto a esta figura, el concepto jurídico que desarrollamos en la presente investigación está delimitado a esta forma participativa dotada de estos elementos específicos. Se trata de personas jurídicas, entidades, y no necesariamente de personas naturales o profesionales individuales, situación que hace posible la concurrencia de una multidisciplinariedad capaz de hacer efectivo el correcto ejercicio de la función⁴⁸⁵ y el control integral de los posibles riesgos derivados⁴⁸⁶.

Como bien indica Galán Galán, esta característica permite diferenciar estos casos de los supuestos clásicos de “Ejercicio privado de funciones públicas” (EPFP), figura que, aunque parezca lo mismo que el EPCA, mantiene ciertas peculiaridades que lo distingue y que serán analizadas posteriormente, haría referencia a profesionales privados, personas naturales, que ejercen funciones públicas en ocasión del mismo ejercicio de su actividad privada, es decir, que su propia labora privada viene cargada de determinadas funciones públicas reguladas normativamente (como los notarios)⁴⁸⁷, figura que será abordada posteriormente. Sin perjuicio de ello, existen supuestos derivados de la misma figura del

⁴⁸⁴ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 67-80.

⁴⁸⁵ El hecho de que se trate de entidades, personas jurídicas, separa la presente figura del típico caso del Ejercicio privado de funciones públicas, que, como se verá, atiende únicamente al caso de personas naturales o profesionales individuales.

⁴⁸⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. “El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración”. Op.Cit., pp. 41.

⁴⁸⁷ GALÁN GALÁN, Alfredo. Loc.Cit.

EPCA que se materializan a través de personas naturales, aunque de manera poco común. Es el caso de los Terceros Supervisores en materia ambiental contratados por OEFA, y regulados por la Ley N° 29325 y la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD. Estos Terceros Supervisores pueden ser tanto personas jurídicas (artículo 10) como personas naturales (artículo 9), las cuales realizan funciones públicas no en ocasión de su actividad privada, sino en virtud de un título o acto de traslación de la misma función por parte de la entidad (OEFA). Más allá de estos casos especiales, lo cierto es que el EPCA se centra en el análisis de funciones públicas ejercidas por entidades, personas jurídicas, toda vez que la misma concepción empresarial de la figura conlleva a esa visualización.

Asimismo, las entidades bajo la figura del EPCA deben ser de naturaleza *privada*, pues de lo contrario, no estaríamos ante una situación que merezca un tratamiento o análisis tan detallado y complejo. La colaboración entre entidades públicas u organismos públicos jerárquicamente estructurados no es una novedad, ni mucho menos un fenómeno, sino un acto común y natural realizado por las Administraciones, por ejemplo, a través de la delegación de funciones o encargos de gestión, convenios de colaboración, u otras modalidades permitidas por ley (como las presentes en los artículos 76 al 88 del TUO de la LPAG). Por ende, son organizaciones privadas, de derecho privado⁴⁸⁸, las que comúnmente ostentan el calificativo de entidades colaboradoras de la Administración⁴⁸⁹, en la medida en que se trata de una actuación con componentes exógenos a la estructura orgánica del Estado.

Estas entidades privadas que colaboran con la Administración para el ejercicio de funciones públicas no lo hacen de manera gratuita, o por lo menos, las entidades que nos conciernen no. En efecto, existen supuestos de colaboración público-privada que no implican una participación onerosa, sino que se enfoca en fines plenamente altruistas, como por ejemplo algunos convenios de colaboración con organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, el caso del EPCA no se reduce a un mero apoyo o participación altruista. Desde la posición del privado colaborador, se trata de un negocio, de una relación económica, que, si bien atiende a un fin público plasmado en la función pública correspondiente, no deja de ser una actividad susceptible de rentabilidades por parte del privado por el trabajo brindado (sin que ello suponga que dicha actividad sea de naturaleza económica). Así como en los servicios públicos, el EPCA atiende a una actividad de interés público, que el Estado no puede prestar directamente de manera eficiente, y ante la cual se vale de la participación privada por contar ésta con mayores capacidades de gestión. Y en ambos casos dicha participación privada es con fines lucrativos, pues el privado, la entidad empresarial, no ejerce dicha actividad de forma eventual o altruista, sino que es precisamente su objeto de negocio.

Precisamente, estas entidades privadas, con fines de lucro, son *especialistas* en la actividad concreta que constituye la función pública trasladada. Sus objetos de negocio están vinculados (porque puede ser

⁴⁸⁸ Como se trata de sujetos privados, su régimen general es el Derecho privado, salvo en sus relaciones con la Administración. Pero teniendo en cuenta que realizan actuaciones administrativas o funciones públicas que afectan a otros particulares con poderes en parte parecidos a los de la Administración, a veces las leyes optan por imponerles algunos límites materiales y procedimentales semejantes a los de la Administración. Ello, no obstante, no debe llevar a considerar que el Derecho Administrativo les sea aplicable en general, toda vez que se trata de un fenómeno parcial que ni afecta a todos esos sujetos ni les afecta en todas sus actuaciones, ni en ningún caso supone su sometimiento indiscriminado al Derecho Administrativo. En: REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco. "La actividad administrativa". *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2° ed. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 80.

⁴⁸⁹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 40.

una de las tantas actividades que realicen) a las funciones públicas que están encomendados a realizar, al punto de que para estos colaboradores (empresarios), el fenómeno de la colaboración pueda no tener mayor significación⁴⁹⁰, toda vez que éstos únicamente se encargan de hacer su actividad empresarial⁴⁹¹.

Tal como señala la profesora Canals, esta especialización se concreta, materialmente, en la capacidad técnica del personal experto de la entidad, y en su organización interna, que debe disponer de los medios técnicos indispensables para ejercer las funciones que tiene encomendadas⁴⁹². Asimismo, su actuar es imparcial⁴⁹³, pues en la medida en que ejercen funciones públicas, las exigencias de objetividad e imparcialidad que se predicen de la actividad administrativa son trasladadas a la actuación de estos sujetos privados.

Dichas entidades están encomendadas a ejercer funciones del Estado, pero no cualquier tipo de función, sino estrictamente auténticas funciones públicas. No se trata de un ejercicio de funciones administrativas generales (lo cual es posible, por ejemplo, mediante encargos de gestión), sino estrictas funciones públicas en los términos definidos con anterioridad (es decir, con todos los elementos constituyentes de su contenido⁴⁹⁴). En efecto, estas entidades no se limitan a actividades accesorias de carácter material o técnico, sino que van más allá, realizando una verdadera actividad jurídico-administrativa: colaboran en el ejercicio de verdaderas funciones públicas⁴⁹⁵, siendo la normativa vigente la que determine, en cada caso concreto, cuáles serán esas funciones.

Anteriormente hemos revisado la noción de la institución de la función pública, su contenido esencial, sus elementos, y sus diferencias respecto a otros conceptos del derecho administrativo. Por ello, debemos entender que estas entidades privadas ejercen funciones públicas según las concepciones desarrolladas en los apartados anteriores, esto es, actividades administrativas (materiales y/o decisorias), trasladadas por un organismo competente de la Administración pública⁴⁹⁶, con la intención de atender un interés público concreto, para lo cual es necesario el uso de potestades públicas o ejercicio de autoridad.

En este sentido, dichas entidades no ejercen algún tipo de servicio público, o una mera función administrativa, ni mucho menos una función legislativa o jurisdiccional, sino específicas funciones públicas. El ejercicio de estas funciones por las entidades privadas tiene el mismo valor jurídico que su ejercicio por la Administración titular de la función: se afirma así la identificación de valor jurídico de ambas situaciones⁴⁹⁷. Los títulos a través de los cuales se traslada el ejercicio de la función pública a los particulares son diversos e imperfectos, y serán mejor evaluados en el capítulo tercero de esta

⁴⁹⁰ GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op.Cit., pp. 32.

⁴⁹¹ No obstante, esta consideración sobre el colaborador no debe llevarnos a confundir el EPCA con los típicos supuestos de Ejercicio privado de funciones públicas (EPFP), categoría diferente que será analizada posteriormente. En efecto, en ambos casos existe un ejercicio profesional del empresario que es natural a su especialización. Ambos realizan tareas que constituyen su giro de negocio, su actividad profesional, y dichas actividades coinciden en su identificación con las funciones públicas de la Administración. Sin embargo, en el caso del EPCA se trata de una función pública que tiene su origen, y es realizada en principio, por la Administración, y que posteriormente es trasladada al particular para su ejercicio; en cambio, en el EPFP, dicha actividad tiene su origen en la libertad económica privada, pero por sus características, tiene elementos y efectos de función pública. Esta distinción conceptual será desarrollada en el punto 2.4.6 del presente capítulo.

⁴⁹² CANALS I AMETLLER, Dolors. Loc.Cit.

⁴⁹³ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 75.

⁴⁹⁴ Actividades administrativas (materiales y/o decisorias), ejercidas por entidades de la Administración pública con la competencia legal debidamente asignadas para ello; que implican el uso de potestades públicas o ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos para la atención última de un interés público.

⁴⁹⁵ CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad. Op.Cit., pp. 03.

⁴⁹⁶ Pueden ser, también, gobiernos regionales, locales, y algunos organismos constitucionales autónomos.

⁴⁹⁷ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 77.

tesis, sin perjuicio de ir adelantando que éstos pueden tomar la forma de actos administrativos (como las autorizaciones) o contratos (como la concesión).

Ahora, el ejercicio de esta función pública por parte de los particulares se limita únicamente a la labor encomendada por la Administración, sin la posibilidad de que las facultades puedan excederse y abarcar a discreción cualquier ámbito involucrado directa o indirectamente con la función. La labor de estas entidades no va más allá del ejercicio de la función trasladada. Lo que se atribuye a la entidad colaboradora es únicamente el ejercicio de la actividad, y no la titularidad de la misma⁴⁹⁸. No se genera un “desapoderamiento” de la función, pues la titularidad la sigue manteniendo el Estado.

Al igual que en los servicios públicos, en los que únicamente se trasladan derechos de explotación de la actividad manteniendo el Estado la titularidad de la misma, en las funciones públicas sucede lo mismo: El Estado traslada a los ejercientes privados una actividad (como sucede con los concesionarios) pero mantiene siempre la titularidad de la misma, siendo errónea la concepción de una privatización estricta⁴⁹⁹ para este supuesto. En este sentido, las funciones públicas que el ordenamiento jurídico atribuye a los agentes privados son funciones de indiscutible naturaleza y titularidad pública. Por lo tanto, el EPCA lo que genera es, específicamente, una escisión entre la *titularidad* y el *ejercicio* de las funciones públicas, como sucede también en el caso de la gestión indirecta de servicios públicos⁵⁰⁰.

Pero a diferencia de los servicios públicos, las funciones públicas trasladadas a los particulares pueden ser asumidas nuevamente por el Estado en cualquier momento y ejercidas directamente por él, e incluso pueden ser ejercidas en paralelo y coexistencia por el Estado y el privado. En la medida en que no se trata de actividades sometidas al régimen de la libre iniciativa privada y libertad de empresa, no existe un criterio subsidiariedad⁵⁰¹ en el ejercicio de estas funciones, de modo tal que, suprimida la atribución de la función, e incluso estando ésta vigente, la Administración la puede realizar sin impedimento legal alguno.

2.4.5. Contenido del EPCA: ¿traslado de una función pública de *poder* o de *autoridad*?

2.4.5.1. Sobre el traslado de un ejercicio de potestad pública o de autoridad, *potestas* o *auctoritas*

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 78.

⁴⁹⁹ Posteriormente, se delimitará de forma más exhaustiva la noción de privatización y su relación con la figura objeto de esta investigación. Se puede adelantar, no obstante, que utilizaremos un concepto amplio y uno estricto de la privatización, pues no es lo mismo un traslado íntegro de un bien o actividad estatal al sector privado, que, por ejemplo, la utilización de formas de actuación privada por parte del sector público, y pese a ello, ambas acciones suelen, en el común de los términos, ser usadas indistintamente como formas de privatización, de manera tal que resulta necesario precisar y delimitar dicha noción adecuadamente.

⁵⁰⁰ CANALS I AMETLLER, Dolors. “El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración”. *Op.Cit.*, pp. 49.

⁵⁰¹ La subsidiariedad es un principio que se aplica a la actividad económica de los Estados bajo el contexto de una Economía Social de Mercado. Implica un límite a la acción estatal respecto de la libertad de las personas para ejercer la libertad de empresa. Revisar: CAIRAMPOMA, Alberto. “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2012, pp. 315. En términos generales, este principio supone que donde haya libertad de empresa de los administrados, el Estado no puede intervenir económicamente en dichos mercados. El Estado, en la línea de este principio, únicamente podrá intervenir como un agente en el mercado cuando no exista oferta privada en determinado rubro, y a su vez, esté habilitado por una Ley expresa del Congreso de la República, y por motivos de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, de acuerdo al artículo 60 de la Constitución.

El análisis del EPCA trae consigo un importante cuestionamiento. Si bien se ha explicado las razones que motivan un efectivo traslado del ejercicio de funciones públicas a la esfera privada, es cierto también que dicha referencia no resulta del todo precisa, pues con ello no se especifica si la función pública trasladada permite el ejercicio de una autoridad inherente a los poderes públicos, o de una potestad administrativa. A simple vista, dichas menciones parecen ser sinónimas, expresiones que dan cuenta de una misma idea y contenido. Tal como dijimos en el punto 2.1. del presente capítulo, las locuciones de “autoridad inherente a los poderes públicos” o “ejercicio de autoridad” constituyen términos vagos e imprecisos, que terminan confundiendo y utilizándose indistintamente con otras locuciones, como las de “ejercicio de potestades administrativas”.

Sin embargo, el hecho de que en el lenguaje diario se puedan utilizar de manera alternativa las referencias a un ejercicio de autoridad o de potestades administrativas, no quiere decir que jurídicamente no existan repercusiones prácticas al momento de designar un específico elemento derivado de la soberanía del Estado. En lo que nos concierne, podemos señalar que el análisis del EPCA es un ejemplo específico de cómo la distinción entre ejercicio de autoridad y ejercicio de potestad genera efectos prácticos, y que pese a la indefinición jurídica⁵⁰² entre uno y otro concepto, se pueden dar ciertas respuestas acerca de qué es exactamente lo que se traslada en la atribución de una función pública.

En secciones anteriores hicimos referencia a la distinción entre las locuciones latinas de *auctoritas* y *potestas*, haciendo hincapié en que esta diferenciación sería de suma utilidad para efectos de entender qué es exactamente lo que se delega en la función pública. Y esta delimitación, en efecto, está directamente relacionada con los términos de potestad y autoridad: ¿La función pública trasladada en virtud del EPCA atribuye el ejercicio de una potestad, o el ejercicio de una autoridad?

De antemano sabemos que no se trata de lo mismo. La potestad y la autoridad son conceptos que derivan de la soberanía del Estado, pero el análisis, como se vio, no es así de sencillo. Potestad, poder y prerrogativa son conceptos que, teniendo su origen en la noción abstracta de soberanía, tienen peculiaridades que las distinguen de forma relativa. Los conceptos de poder, potestad y prerrogativa, si bien poseen connotaciones que las delimitan someramente, y que fueron analizadas en el punto 2.1. del presente capítulo, coinciden en ser elementos que designan una capacidad de injerir deliberadamente sobre la situación concreta de terceros.

Potestad, poder y prerrogativa hacen alusión a una misma situación, que es la posibilidad concreta de incidir sobre la esfera de decisión ajena, es decir, la facultad de hacer que se concrete en el plano de los hechos la adopción de ciertas conductas (o cese de las mismas) independientemente de la voluntad del sujeto destinatario. Y por ello, dichos conceptos han sido utilizados, en la presente investigación, de manera alternativa. Estos tres elementos, no obstante, sí son diferentes al concepto de autoridad, el cual resulta un tanto más complejo. Como indicamos anteriormente, la noción de autoridad, en el lenguaje común, parece vincular también las expresiones de potestad, poder o prerrogativa, pese a que, en el estricto análisis jurídico e histórico, dichos conceptos difieren sustancialmente: autoridad y potestad no son lo mismo; quien ejerce autoridad no necesariamente ejerce potestad, y viceversa.

Por ejemplo, cuando hablamos de la Potestad Sancionadora de la Administración, tenemos el siguiente escenario: En el caso del Organismo Supervisor de la Inversión en Minería y Energía (OSINERGMIN), el Consejo Directivo establece los órganos que actúan como sancionadores para cada materia de su competencia (artículo 23 de la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS-

⁵⁰² CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad Op.Cit., pp. 244.

CD). Así, en virtud de ello, se le faculta, por ejemplo, a la División de Supervisión de Electricidad de OSINERGMIN –anteriormente denominada Gerencia de Fiscalización Eléctrica- para aplicar las sanciones correspondientes en los casos vinculados a su ámbito de acción, siendo por ello “autoridad” en materia sancionadora (artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2016-OS/CD).

A su vez, esta autoridad puede designar agentes fiscalizadores para que ejecuten las medidas administrativas o sanciones no pecuniarias, los cuales poseen el “poder” o la “potestad” de materializar la decisión de la autoridad (artículo 41 de la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS-CD). De esta manera, en la denominada potestad sancionadora de la Administración podremos encontrar órganos en el ejercicio de autoridad, y unidades u órganos encargados del ejercicio del poder de mando, o, en otras palabras, del poder de materializar la decisión. Es aquí donde calza la utilidad de la distinción etimológica de las nociones de *auctoritas* y *potestas*. En efecto, poder, potestad y prerrogativa tienen su correlación con la locución latina de *potestas*, que, como dijimos, hace referencia al poder que se tiene para realizar y plasmar en la realidad (ejecutar) las decisiones de las autoridades.

Por su parte, señalamos también que el concepto de autoridad tendría su correlación con la noción de *auctoritas*, referida a la facultad de un sujeto de ser *auctor*, es decir, a la facultad para iniciar, promover y fundamentar decisiones, acciones y criterios de otros, así como para aumentar, acrecer y confirmar decisiones, acciones y juicios originados en los demás, por ser reconocido socialmente como entendido en la materia⁵⁰³. *Auctoritas* significa autoridad o sabiduría socialmente reconocida, y se contrapone a *potestas* o poder de mando socialmente reconocido. El reconocimiento social es un elemento que concurre en ambos casos sin identificarse⁵⁰⁴.

Ambos conceptos de potestad (poder y prerrogativa) y autoridad derivan de la soberanía del Estado. Y sus correlatos etimológicos tienen una implicancia directa con la naturaleza de la función pública que en cada caso se traslada. Recordemos que una función pública, para ser tal, implica siempre el ejercicio de ciertas facultades derivadas de la soberanía del Estado, con mayor o menor relevancia, pero siempre vinculadas a un interés público. En este sentido, el EPCA implica una función pública que debe basarse en una potestad (*potestas*) o una autoridad (*auctoritas*), y el reto está en determinar cuál de los dos conceptos mencionados es el que se encuentra presente, o en todo caso, determinar si en virtud de una función pública pueden trasladarse tanto potestades públicas como ejercicios de autoridad.

Partiremos del análisis del caso de la “autoridad”, evaluando si el contenido mismo de un ejercicio de autoridad es susceptible de ser trasladado a los particulares, pues de ser posible ello, resultaría más lógico y entendible que dichos particulares también puedan ejercer la potestad de mando. Es decir, si un particular puede ejercer autoridad, siendo esto un escenario mucho más complejo que la mera actuación material, entonces es mucho más probable que un particular también pueda ejercer potestad.

Como hemos señalado anteriormente, el *auctoritas* implica una capacidad de fundamentar o decidir sobre asuntos específicos, por ser el *auctor* una persona con un reconocimiento generalizado respecto a la materia en concreto. Sin un componente legal de por medio, dicha noción da cuenta de las situaciones en las cuales una persona tiene cierto prestigio por conocer sobre una materia en específico, y por ello, las opiniones vertidas sobre un asunto concreto tendrán fuerza vinculante,

⁵⁰³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit., pp. 1864.

⁵⁰⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 199.

decisoria para los demás. Se trata de una autoridad, una persona socialmente reconocida como tal. No obstante, la autoridad entendida únicamente como *auctoritas*, hoy en día, resulta insuficiente en términos de legitimidad legal. Socialmente una persona puede ser reconocida por otras, y su opinión puede tener cierta trascendencia y repercusión en asuntos determinados, pero ello no es suficiente para que dicha opinión pueda generar efectos concretos, legales, en los demás.

El *auctoritas*, hoy en día, requiere de otros elementos para tener repercusión práctica. Y es que, como bien señala Canals, *desde una perspectiva estrictamente jurídica, los elementos de superioridad y sabiduría, y de reconocimiento social, son insuficientes*. En efecto, desde el ámbito jurídico, las autoridades de hecho, investidas únicamente por reconocimientos morales, funcionales, científicos o técnicos, están legalmente exentas de validez. Sólo a partir de un reconocimiento normativo, la autoridad adquiere legitimidad jurídica⁵⁰⁵. Aquí entra a tallar entonces otro concepto: la legitimidad.

2.4.5.2. Sobre la legitimidad jurídica

La legitimidad que investía anteriormente a las autoridades, era una legitimidad de tipo social, reconocida por los dotes y cualidades del sujeto, plasmadas en un saber profesional especializado. Canals indica que dichas cualidades, en efecto, eran atribuidas a la Administración, al Estado burocrático que hacía referencia Weber, por sus capacidades superiores a la de los ciudadanos. Como indica la autora, el saber profesional especializado al que se refería Weber se localizaba en la organización burocrática (de procedimientos sistematizados, organizados e impersonales entre administración y ciudadanos), y en específico, en los órganos públicos del Estado⁵⁰⁶. Esa superioridad técnica de la organización burocrática fue la razón decisiva de su reconocimiento social y legitimidad como autoridad frente a los ciudadanos, una “dominación” pública de la sociedad en virtud del “saber”: *la administración burocrática significa dominación gracias al saber*⁵⁰⁷.

El Estado burocrático superaba a los ciudadanos en capacidades para ordenar los diferentes ámbitos de la sociedad, para atender las necesidades y para operar los sectores productivos, tecnológicos, económicos, entre otros:

La superioridad puramente técnica de la organización burocrática fue siempre la razón decisiva de su progreso respecto de otra forma de organización. El Estado burocrático tuvo la legitimidad de ser autoridad en virtud de su superioridad técnica. (...) la pericia técnica del funcionario deviene, en suma, la base de su situación de poder.⁵⁰⁸

En este sentido, el gran instrumento de la superioridad de la Administración o Estado burocrático fue, precisamente, *el saber profesional especializado*, cuyo carácter imprescindible estuvo condicionado por los caracteres de la técnica y economía modernas de la producción de bienes⁵⁰⁹; y es este saber profesional especializado el *auctoritas*⁵¹⁰ que la Administración adquirió para imponerse legítimamente sobre los ciudadanos.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 203.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pp. 205.

⁵⁰⁷ WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Vol. 1. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 179.

⁵⁰⁸ WEBER, Max. *¿Qué es la burocracia? Traducción de R. Arar*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1985, pp. 49. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. *Loc.Cit.*

⁵⁰⁹ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Op.Cit., pp. 178.

⁵¹⁰ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 207.

Pero *el saber profesional especializado* no es el único elemento presente en la legitimación de la Administración como autoridad. Hace falta también el reconocimiento legal, además del social. Así, la autoridad del Estado moderno y de su organización surge del Derecho, el cual le otorga la necesaria racionalidad y legitimidad, identificándose la autoridad con la legitimidad, y ésta con la legalidad⁵¹¹. Autoridad es identificada con legalidad, es un reconocimiento no solo social, sino también jurídico, relacionado a que cierto organismo o funcionario tiene la facultad, dotada por la ley, de decidir, ratificar, resolver sobre temas específicos con efectos jurídicos concretos. Es una autoridad *adscripta* a la ley.

No obstante, Canals advierte de un problema que podría derivarse de la estricta concepción de una autoridad *adscripta* únicamente a la legalidad, es decir, de una autoridad reconocida única y exclusivamente por el elemento normativo, y es que el concepto moderno de autoridad tendería a expresar justamente todo lo contrario a lo que fue en su origen la esencia misma de la noción *auctoritas*⁵¹². Se corre el riesgo, por ende, de conseguir un resultado contraproducente si reparamos únicamente en la exigencia legal para el reconocimiento de la autoridad.

La autoridad *adscripta* sólo a la ley, y la autoridad bajo su concepción de *auctoritas*, hoy en día, parecen diferir considerablemente. La Administración es autoridad principalmente porque la ley lo determina así; un determinado organismo o funcionario es autoridad debido a que tiene una específica competencia atribuida por ley, y no tanto por las aptitudes que esta autoridad posea.

En razón de ello, se ha venido señalando que la Administración estaría perdiendo en gran medida esa connotación de *auctoritas*, ese saber profesional especializado que tuvo en el Estado burocrático, limitándose su legitimidad a un reconocimiento legal, más que social. En este sentido, es la *no* coincidencia entre los conceptos de autoridad *adscripta a la ley* y *auctoritas* la que, según Canals, pondría en tela de juicio la eficacia y legitimidad de determinadas intervenciones del Estado en la Sociedad postindustrial, por su falta de capacidad o conocimiento especializado para la toma de decisiones⁵¹³.

Como bien indica la referida autora:

La profecía weberiana de la superioridad y dominación de la Administración gracias al saber profesional especializado puede entenderse hoy día frustrada por el impacto del progreso y la complejidad tecnológica en esa misma organización burocrática. En el contexto social actual no existe la correlación clásica entre conocimiento experto y funcionario.⁵¹⁴

De este modo, en el Estado contemporáneo, la “autoridad” caracterizada por el *auctoritas* romano y el *saber profesional especializado* del Estado moderno burocrático referido por Weber, se ha ido limitando únicamente a una autoridad *adscripta* a la norma, es decir, a una autoridad legitimada sólo por la ley, independientemente de las aptitudes y cualidades (en suma, al “saber profesional y especializado”) del organismo o funcionario. Bajo esta premisa, se han ido presentando problemas respecto a la eficacia de ciertas intervenciones administrativas en ámbitos económicos, tecnológicos y sociales, sobre los cuales el Estado usualmente no posee un conocimiento adecuado. Y como ya hemos mencionado con anterioridad, dicho conocimiento especializado ha sido desplazado a otra esfera de la sociedad, que es el sector privado.

⁵¹¹ Ídem.

⁵¹² *Ibidem*, pp. 208.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 209.

⁵¹⁴ Ídem.

Son los agentes privados, la sociedad civil, los que poseen hoy en día ese *auctoritas*, ese *saber profesional especializado*. La intervención del sector privado, paradójicamente, tendría mayor “legitimidad” en ciertos ámbitos de la sociedad en comparación a la Administración. Esa legitimidad legal va perdiendo fuerza de impacto en la medida en que no incorpore los elementos que antaño justificaron la investidura de una autoridad: la aptitud, cualidad, saber o capacidad. Weber ya había advertido esta situación al señalar que *superior en saber a la burocracia sólo es, regularmente, el interesado privado de una actividad lucrativa, es decir, el empresario capitalista*. Continúa señalando que, dicho empresario capitalista, *es realmente la única instancia inmune (o al menos relativamente) frente a la ineludibilidad de la dominación científico-racional de la burocracia*⁵¹⁵.

Así, el saber experto y especializado, el *auctoritas*, recae principalmente en el sector privado, el cual tiene una “legitimidad” social sobre ciertos ámbitos de interés público y privado. La ley legitima al aparato público como autoridad, pero esta legitimidad deja de ser entonces una de carácter social para ser estrictamente de carácter normativa. Se genera así un conflicto ideológico entre la legitimidad social del sector privado y la legitimidad normativa del sector público: legalidad en contraposición del *saber*.

Situación peculiar que no debe obviarse, y que, por el contrario, motiva a que se busque una solución a esta paradoja de intervención administrativa. Sabemos que el sector privado no puede ser autoridad pues en principio la ley no le ha dado esa investidura; pero, por otro lado, sabemos también que esa legitimidad que sí goza la Administración, no le da necesariamente a esta última las capacidades profesionales para atender los requerimientos que la nueva sociedad tecnológica amerita; y ello genera evidentes brechas de resultados.

El Estado, como se explicó anteriormente, comienza entonces a valerse de ese conocimiento especializado de la sociedad civil, y para ello requiere legitimar la actuación de los particulares, para convertirla en una actuación legítima tanto social como normativamente. Entonces, ese actuar especializado del sector privado se legitima por el mismo Estado, a través de la ley. Es esa misma ley que legitima a la Administración, la que ahora legitima a la sociedad civil para ejercer autoridad.

2.4.5.3. Aplicación al caso de autoridad y potestad

¿Para qué hemos hecho esta extensa introducción? La legitimidad es un elemento indispensable que definitivamente debe ser tomado en consideración, que se instrumenta a través de una ley que habilite el traslado de determinadas funciones al sector privado. Pero el fondo que queríamos explicar es que dicha legitimidad legal habilita a que los privados, que ya poseen una legitimidad por reconocimiento social, puedan ejercer *autoridad y poder* sobre ciertos ámbitos.

Existen funciones públicas del Estado que requieren, para su ejercicio, de un conocimiento o saber profesional especializado, tanto para ejercer decisiones o para administrar elementos, y el Estado muchas veces carece de las capacidades materiales o científicas para sobrellevarlas. Las funciones públicas también requieren de ese saber especializado, que en ocasiones no posee el Estado, y por ello se genera la situación base de nuestro estudio.

El EPCA, es precisamente expresión de esta situación, en la que sector privado es legitimado legalmente para ejercer funciones públicas que únicamente le corresponderían, en principio, a las

⁵¹⁵ WEBER, Max. Op.Cit., pp. 179.

autoridades. Las entidades privadas pueden entonces ejercer funciones de autoridad, y un claro ejemplo de ello es la actividad de Inspección Técnica de Vehículos (ITV).

La ITV es una función pública que consiste en la actividad de control de un producto industrial, orientada a la comprobación del buen estado y mantenimiento de los requisitos técnicos necesarios para la consecución de la eficacia mecánica en ellos prevista, evitando daños o riesgos a personas, o a otros bienes jurídicos protegidos⁵¹⁶. Su atribución a sujetos particulares viene legitimada, legalmente, por la Ley N° 29237, la cual dispone que las empresas privadas podrán realizar dicha actividad a través de una autorización administrativa emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En este sentido, las entidades que realizan esta actividad ejercen una función de autoridad: evalúan y deciden una situación jurídica con efectos legalmente vinculantes. En la ITV, una empresa privada, en ejercicio de una prestación técnica, emite un Certificado de Inspección Técnica Vehicular con naturaleza “autorizativa”, para la libre circulación de los vehículos, lo cual será mejor evaluado en la sección 3.1.2 del Tercer capítulo. Sin embargo, el EPCA no solo es expresión de un ejercicio de autoridad. Las funciones públicas no se reducen o limitan sólo a actividades decisorias, resolutorias, sino que también abarcan facultades de acción, de concretización material de políticas y decisiones adoptadas por las autoridades. Es decir, las funciones públicas involucran *auctoritas*, pero también involucran *potestas*.

La función pública implica el despliegue de poderes, potestades, prerrogativas o autoridad. Ya vimos que la autoridad es un elemento que puede ser efectivamente ejercido por una entidad privada si ésta es legitimada para ello, pero lo cierto es que no toda función pública conlleva el ejercicio de una autoridad, sino también puede implicar el ejercicio de una potestad pública de actuación. Las potestades públicas (o poder o prerrogativas) son un poder de mando; es la capacidad del organismo o funcionario de materializar la decisión adoptada. Si la autoridad es un “poder” de decisión, la potestad es un “poder” de materialización, que se adentra sobre la esfera de voluntad ajena para cambiar, crear o extinguir una situación jurídica determinada.

De acuerdo a Santi Romano, *la potestad es el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin*⁵¹⁷. En la misma línea, Muñoz Machado señala que las potestades suponen poderes generales de actuación conferidos por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino simplemente potencialmente afectados y sometidos a dicha potestad⁵¹⁸.

Para Marienhoff, las potestades son los medios jurídicos que sirven para el desarrollo de la actividad y logro de los fines de la Administración pública⁵¹⁹. Asimismo, según Bermejo Vera, de manera general la potestad administrativa significa *un poder de actuar y decidir* (aquí involucra también al elemento de “autoridad”), atribuido a las Administraciones públicas, que debe ejercerse de acuerdo con las normas y que condiciona situaciones jurídicas de otros sujetos sometidos a dicha potestad⁵²⁰. En este sentido, si las funciones públicas pueden involucrar el ejercicio de autoridad, también pueden

⁵¹⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 160.

⁵¹⁷ ROMANO, Santi. “Voz Poderes y Potestades”. En: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Traducción española, 1964, pp. 297 y ss. Cita original de: COSCULLUELA, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, pp. 154.

⁵¹⁸ MUÑOS MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. Madrid: Editorial Iustel, 2009, pp. 851.

⁵¹⁹ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Op.Cit., pp. 573.

⁵²⁰ BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo Básico: Parte General*. 11° ed. Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 2013, pp. 53.

involucrar el ejercicio de una potestad de mando, ambos elementos derivados de la soberanía del Estado.

La explicación sobre el ejercicio de autoridad y la legitimidad nos permiten entender que, si un elemento derivado de la soberanía tan complejo como la autoridad puede ser delegada a los particulares para atender situaciones en las que éstos poseen mayores capacidades que la Administración, es lógico que las materializaciones de las decisiones administrativas en virtud de la autoridad también puedan ser trasladadas a la esfera privada, lo cual constituye el ejercicio de poder o potestad. ¿A qué se debe ello?

De la misma manera que el saber especializado es el condicionante de un adecuado ejercicio de autoridad, también lo es respecto de un adecuado ejercicio de la potestad. El saber profesional especializado está vinculado a la capacidad no sólo de conocer sobre una materia específica, sino que implica también la capacidad material y técnica de realizar ciertas actividades complejas que involucran un despliegue de potestades públicas (de incidencia sobre los demás). Las entidades privadas que son especialistas en un ámbito concreto, no lo son únicamente (en la mayoría de casos) por el conocimiento que tienen, sino también por los instrumentos y capacidades materiales que permiten poner en marcha ese *saber*.

Al igual que en el caso de la “autoridad”, estas entidades tienen un reconocimiento social por las capacidades materiales que poseen para concretizar los actos de las autoridades; tienen un poder de mando socialmente reconocido, que las “legitima” en ciertos ámbitos de la sociedad en comparación a la Administración. Así, la Administración también carece en gran medida de estas capacidades materiales para poner en marcha el ejercicio de una función pública de potestad. Factores como el presupuesto, la tecnología, el número de profesionales, maquinaria, entre otros, son elementos materiales que la Administración muchas veces carece⁵²¹.

Como es de esperar, la Administración también se vale de estos elementos para cubrir ciertas brechas de resultados sociales, o, en otras palabras, para atender los requerimientos públicos que exceden sus capacidades de acción. Con el fin de valerse de estas capacidades, el Estado legitima a dichas entidades privadas colaboradoras para que puedan hacer un ejercicio legítimo del poder público. Al igual que en el caso de la “autoridad”, la Administración “amplía” esa legitimidad social de las entidades privadas, para otorgarles una legitimidad normativa, a través del reconocimiento legal.

La ley legitima a estas entidades privadas colaboradoras para que ejecuten las decisiones de las autoridades administrativas, plasmando con ello un “*Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*” para la actuación de potestades administrativas. La profesora Canals, por ejemplo, menciona varios supuestos de un ejercicio de potestades por parte de entidades privadas: entidades colaboradoras en la gestión urbanística, entidades bancarias y cajas de ahorros para la colaboración en la gestión tributaria y recaudo de impuestos, entidades colaboradoras en seguridad social y asistencia social, entre otras.

De la misma manera, la colaboración en el ejercicio de funciones de potestad administrativa se ve también en aspectos de índole asistencial, en los que el privado posea una mayor capacidad, a diferencia de la Administración, para atender un determinado grupo humano de especial consideración y complejidad, en los que la función pública demanda la aplicación de herramientas de

⁵²¹ Si podemos poner un ejemplo, las constructoras privadas no sólo poseen más conocimiento que muchos organismos públicos vinculados a la infraestructura de uso público, sino que también poseen más medios materiales (como ingenieros, maquinarias) para concretizar las obras requeridas por las autoridades públicas correspondientes.

tutela específica. Así, en otros sectores de intervención administrativa estarían apareciendo nuevas modalidades de colaboración privada, vinculadas especialmente a la materia de servicios y prestaciones de asistencia social, como, por ejemplo, la colaboración privada en los servicios de atención al menor y en las adopciones de carácter internacional⁵²², o incluso, la colaboración privada para el tratamiento penitenciario de los internos.

Este último supuesto, que será mejor evaluado en la sección 3.2.4.1. del Tercer capítulo, está relacionado a la posibilidad de entrega en concesión de centros penitenciarios a empresas privadas para su operación y mantenimiento (y diseño y construcción, de ser el caso). Aquí, el Decreto Legislativo N° 1229 constituye la base legal que habilita y legitima la participación privada en este sector (legitimación legal), y por la naturaleza de la actividad, se trata claramente de una función pública de potestad o *potestas*.

El Decreto Legislativo N° 1229 y su reglamento aprobado por D.S. N° 007-2016-JUS, regulan una actividad que constituye el régimen del Sistema Penitenciario peruano, que es, sin duda, una auténtica función pública de la Administración, encomendada específicamente al Ministerio de Justicia a través del INPE. Y a su vez, dichas normas habilitan la participación del sector privado, a través de la modalidad de la concesión u otras permitidas por ley, para gestionar la actividad penitenciaria en las infraestructuras correspondientes, lo cual implica un ejercicio potencial de potestades sobre determinados sujetos. En definitiva, y como bien apunta Canals, no sólo en materia de gestión y control de riesgos industriales (ejercicio de autoridad) se asoman elementos reformadores de las estructuras administrativas⁵²³, toda vez que dicho fenómeno se encuentra presente también en otros campos de actuación administrativa, como es el caso de las actuaciones basadas en *poderes* de actuación.

2.4.5.4. Conclusión: el EPCA como mecanismo de atribución de funciones públicas de poder y/o autoridad

¿A qué conclusión llegamos? El EPCA es una figura jurídica del derecho administrativo en virtud de la cual las entidades privadas pueden ejercer funciones públicas de autoridad, pero también de potestad. Estas entidades privadas estarán legitimadas, previo instrumento legal, para ejercer tareas vinculadas a la decisión administrativa, pero también vinculadas a la materialización de las decisiones o poder de mando administrativo.

El ejercicio de una función pública de autoridad se refiere a actividades de contenido declarativo y decisorio⁵²⁴, actividades que se caracterizan por suponer la facultad de estatuir o decidir unilateralmente, bien sea con carácter abstracto (disposiciones) o concreto (resoluciones)⁵²⁵; mientras que el ejercicio de una función pública de *potestad* administrativa se refiere a actividades materiales, de poderes de mando sobre otros sujetos para la adopción o cese de conductas determinadas.

En este sentido, y como señala Menéndez Rexach, *si el ejercicio de las potestades públicas o administrativas significa sometimiento al derecho administrativo, esa expresión debe diferenciarse de otra aparentemente sinónima que también emplea el derecho positivo, que es el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*⁵²⁶. Según el

⁵²² CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 94-95.

⁵²³ *Ibidem*, pp. 97.

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 244.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 246.

⁵²⁶ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. "La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales". En: *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid, N° 18, 1997, pp. 24. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 245.

referido autor, las potestades administrativas serían facultades o poderes genéricos que se atribuyen a las organizaciones públicas en cuanto actúan revestidas de las prerrogativas típicas de poder. En cambio, la locución “ejercicio de la autoridad” parecería tener un significado más restringido, referido a un plano conceptual diferente, pese a su aparente sinonimia con el “ejercicio de potestades administrativas”⁵²⁷.

Así, la diferenciación jurídica entre las locuciones de “ejercicio de potestad administrativa” y “ejercicio de autoridad” no resulta una distinción baladí, sino que tiene una importancia práctica muy valiosa. La función pública trasladada podrá delimitarse en una potestad administrativa o en una atribución de autoridad (por ejemplo, seguridad penitenciaria o revisión técnica de vehicular, respectivamente), pudiendo expresarse por separado o, incluso, de manera conjunta, si la Administración lo ve conveniente.

Por lo tanto, las funciones públicas que en virtud del EPCA pueden ser trasladadas a la esfera de ejercicio privada podrán ser, en virtud de los argumentos señalados, funciones públicas de *potestas* y/o *auctoritas*, es decir, de potestad o de autoridad. No se trata de situaciones excluyentes (pues podrían estar presentes ambos elementos en una sola actividad), pero a la pregunta de qué tipo de elemento derivado de la soberanía es trasladado en virtud de la función pública delegada al particular, debemos responder que tanto la *potestad* como la *autoridad* son susceptibles de ser atribuidas legalmente a la esfera de ejercicio de los particulares.

2.4.6. El EPCA como figura distinta al “Ejercicio Privado de Funciones Públicas” (EPFP), y otras figuras conexas

De la misma manera que no debemos confundir al EPCA con las formas genéricas de participación de los particulares en la Administración pública⁵²⁸, como sería, por ejemplo, en los supuestos de ejercicio de derechos constitucionales, tampoco debemos confundir dicha figura con la noción del “*Ejercicio Privado de Funciones Públicas*”, aun cuando al principio pueda sonar confuso e incluso un contrasentido. El “*Ejercicio Privado de Funciones Públicas*” (en adelante, el “EPFP”), es una figura relativamente distinta al EPCA, y tiene su origen también en la ambigua definición de la doctrina italiana que sustenta a esta última y que incluía en una sola noción a los supuestos antedichos junto con otras formas de ejercicio indirecto de actividades públicas.

Como ya señalamos, la noción del EPCA se vincula a los casos del ejercicio por entidades privadas de una función pública, es decir, de una esfera de la actividad administrativa con efectos públicos frente a terceros, pese a ser ejercida ésta por sujetos no incardinados en la organización administrativa⁵²⁹. Es en efecto, una función pública de la Administración, como tal, la que es trasladada a entidades privadas para su ejercicio, función que en un comienzo no les correspondía éstos, pese a que sus capacidades como entidad sean mucho más idóneas que las de la Administración.

En cambio, la locución de “*Ejercicio Privado de Funciones Públicas*” (EPFP) hace referencia a una persona natural, física, en suma, un individuo particularizado⁵³⁰, el cual realiza una actividad profesional de

⁵²⁷ Ídem.

⁵²⁸ *Ibidem*, pp. 271.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 273.

⁵³⁰ Tal como señala Alfredo Galán, el “Ejercicio privado de funciones públicas” hace referencia a supuestos en los que un profesional privado realiza una determinada facultad, atribuida por ley, que implica el desempeño de una función pública. Dicha definición es propuesta por el autor para delimitar estos casos de los supuestos en los que existe una Colaboración de Entidades Privadas para el ejercicio de funciones públicas, con lo cual, podemos confirmar que una

origen privado, pero de características, contenido y efectos de función pública. Se trataría, entonces, de un fenómeno a través del cual se reconoce el ejercicio, a nombre propio, de determinadas actividades con características y efectos de función pública en estricto, de manera que los actos que ejecuten posean eficacia jurídico-pública⁵³¹.

De este modo, la noción del EPFP ha venido siendo utilizada, según Sainz Moreno, para referirse a por lo menos tres clases de supuestos⁵³²:

- i) En primer lugar, el de aquellas profesiones cuyo objeto se ha convertido en una función pública total o parcialmente, por ejemplo: la profesión de Notario, la de Agente de Cambio y Bolsa o la de Corredor de Comercio;
- ii) En segundo lugar, el de aquellas otras que, aun teniendo por objeto una actividad privada, llevan añadida la realización de una función pública, por ejemplo: la profesión de Capitán de buque o la de Comandante de aeronave;
- iii) Y, en tercer lugar, el de las profesiones que asumen por encargo el ejercicio de una misión que lleva consigo el ejercicio de alguna función pública, por ejemplo: el arbitraje de derecho privado o algunas prestaciones de servicio de seguridad.

Los ejemplos son varios, si bien todos vinculados por un factor común que es el de ser actividades de origen privado con características y efectos de funciones públicas, premisa que justifica una intervención administrativa especial⁵³³. Al respecto, resulta importante tener en cuenta que, para que la noción de ejerciente privado de una función pública tenga valor jurídico, es necesario mantenerla en sus límites tradicionales, esto es, dentro del ámbito del ejercicio privado de profesiones a las que, en todo o en parte, se les atribuye legalmente la cualidad de ejercer funciones públicas⁵³⁴. Ejemplificaremos, según la descripción de Sainz Moreno, los tres supuestos antedichos según las actividades específicas que forman parte de los mismos:

En el primer supuesto, vimos el ejemplo del notario. El notariado no es una creación del poder público, sino el resultado del ejercicio de una profesión a lo largo del tiempo. Esta actividad tiene como objeto el ejercicio de la fe pública para garantizar la legitimidad de ciertos documentos con efectos públicos y privados. La fe pública es, en efecto, una actividad con elementos de *función pública*, en la que se utilizan instrumentos públicos (escrituras y actas) y documentos públicos (como los testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, etc.).

En nuestro país, la profesión del notariado está regulada por el Decreto Legislativo N° 1049, del cual se desprende que el notario es un profesional del derecho autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren, función que sería de carácter público (artículos 2 y 21). En este

característica del EPFP es la existencia de una persona individualizada y no una entidad privada o persona jurídica en sí misma especializada que ejerza la función pública. En: GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 67.

⁵³¹ RAJEVIC MOSLER, Enrique. Op.Cit., pp. 225.

⁵³² En base a ello, señala el referido autor que lo que caracteriza estos supuestos es que el ejercicio de una función pública, bien sea como objeto principal de una profesión, bien sea como complemento más o menos indispensable de la misma, no transforma al profesional en un funcionario público, aunque sí lo somete a una reglamentación e intervención administrativa especial. En: SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1701.

⁵³³ Como bien señala Sainz Moreno, la intervención pública en las profesiones permite distinguir varios supuestos según el grado de su intensidad: 1) profesiones libres no sujetas a reglas especiales, sino a las generales del Derecho; 2) profesiones reguladas por normas legales o por normas administrativas dictadas en base a una norma legal, cuyo contenido sigue siendo una actividad privada; 3) profesiones reguladas en el sentido de conferir naturaleza de función pública a su contenido –total o parcialmente- pero conservando todavía el carácter de actividad privada, y 4) profesiones que se desarrollan dentro de la organización administrativa. El ejercicio privado de funciones públicas se encuentra en el tercer grado de intensidad. En: *Ibidem*, pp. 1781.

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 1701.

sentido, la actividad del notario contribuye a realizar el principio de la seguridad jurídica, para lo cual el Estado aplica instrumentos de reglamentación y tutela, dándole el carácter de función pública⁵³⁵. Se trata, en suma, de una profesión, originalmente privada, cuyo objeto se compone de caracteres de función pública.

En el segundo de los supuestos, vimos el caso del Capitán de buque. Este profesional, sin llegar a adquirir la consideración de funcionario público, ejercita un conjunto de funciones públicas que le otorga el ordenamiento jurídico⁵³⁶. El capitán de buque ejerce autoridad al interior de la embarcación, y le corresponde garantizar el cumplimiento, de todos los integrantes o tripulantes, de la normativa específica en materia marítima.

A su vez, el capitán de buque, eventualmente, ejerce la labor de la fe pública, para darle legitimidad a ciertos documentos, actos o sucesos al interior de la embarcación, principalmente testamentos, como se desprende de los artículos 716 al 720 del Código Civil peruano. De este modo, el capitán de buque ejerce una profesión que, según el contexto, adquiere la condición de función pública. Se constituye como un tipo de autoridad pública que actúa en el ámbito de las competencias que le confiere la ley en el momento en que asume el mando del buque⁵³⁷, pudiendo tomar decisiones sobre la voluntad de los tripulantes o pasajeros.

Finalmente, en el tercer supuesto se tocó el ejemplo de los servicios de seguridad privada. La *seguridad*, como noción amplia, puede abarcar los ámbitos de *seguridad pública* y *seguridad privada*. La seguridad pública⁵³⁸ se configura como una auténtica función pública de la Administración, y que puede entenderse como el *valor o bien jurídico colectivo constituido por el conjunto de condiciones que permiten el goce pacífico e imperturbado de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia ciudadana. E igualmente, como la acción de los poderes públicos o el conjunto de potestades de que disponen las instituciones públicas destinadas al mantenimiento o restauración de dicho bien jurídico*⁵³⁹.

La seguridad privada, por su parte, tiene una naturaleza jurídica ambivalente, toda vez que, en ocasiones, se trata de meras actividades privadas de carácter económico (como la contratación de un seguro antirrobo), y en otras, suponen el ejercicio de verdaderas funciones públicas (como la seguridad eventualmente contratada por entidades públicas en virtud del Decreto Legislativo N° 1213). Este segundo tipo de seguridad privada, como señala Izquierdo Carrasco, es la que genera mayor complejidad e interés jurídico⁵⁴⁰. La diferencia entre una y otra, puede estar en el origen mismo de cada una. Si bien la seguridad es una responsabilidad y deber del Estado, la misma sociedad se organiza para cubrir los déficits de la seguridad que el Estado debería garantizarles, creando así mecanismos privados para asegurarse a sí mismos frente a los peligros y actos lesivos.

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. 1744-1745.

⁵³⁶ *Ídem*.

⁵³⁷ *Ídem*.

⁵³⁸ Al ser seguridad pública, ésta es ejercida por las autoridades administrativas correspondientes. Así, habrá funcionarios con auctoritas respecto a esta actividad (como los Oficiales o Comandantes de la Policía Nacional del Perú o el mismo Ministro del Interior), y también habrá personal con potestas para aplicar las disposiciones y decisiones de las autoridades, que son los mismos integrantes del cuerpo de policías en sus distintas divisiones y especialidades. En suma, es una actividad ejercida por quienes cuentan con la competencia debida.

⁵³⁹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki. "Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada: ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?" En: *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Cataluña, N° 17, 2006, pp. 62.

⁵⁴⁰ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. "La seguridad privada a debate: Algunas cuestiones jurídicas esenciales". En: *Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, 2005, pp. 01. Consulta: 15 de octubre de 2016: <http://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/11309>

La ciudadanía se organiza para crear sus propios sistemas de seguridad, y en esta línea van creando mercados de prestación de servicios de seguridad privada para cubrir la falta de cobertura del Estado. Entonces, se tiene que, a partir de una visión amplia de la seguridad, se pueden desprender dos vertientes concretas relacionadas a dicha actividad como función pública. Por un lado, la seguridad pública que, indudablemente, es función pública directamente ejercida por la Administración; y el por el otro, la seguridad privada que, sin dejar de ser una actividad económica, tiene componentes de función pública que la hacen objeto de estrictas reglamentaciones y obligaciones.

La seguridad privada no es una actividad opuesta o desentendida de la seguridad pública⁵⁴¹, y viceversa. Brindar seguridad a los ciudadanos es un deber constitucional del Estado (art. 44 de la Constitución), mas no es un deber que éste deba cumplir exclusivamente bajo sus propios medios⁵⁴², toda vez que la Constitución no excluye esta participación ni restringe su ejercicio únicamente a la Administración. En este sentido, la seguridad privada complementa a la seguridad pública, y el ordenamiento legal regula esta actividad privada para orientarla a la colaboración con las fuerzas policiales. E incluso, y si el ordenamiento legal lo permite, es posible que los ámbitos de seguridad pública se valgan contractualmente de los servicios de la seguridad privada para atender sus fines.

Ahora, ¿en qué ámbito podemos situar a la actividad de seguridad privada? ¿se trata de una expresión de EPFP, o de EPCA? Consideramos que la seguridad privada se sitúa en una posición “intermedia”, en un ámbito especial entre estas dos figuras. Si bien la seguridad privada es una actividad económica, de autoconfiguración privada con componentes de función pública, su ejercicio depende de determinadas habilitaciones de la Administración de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1213 (que regula los servicios de seguridad privada – DL 1213), como es el cumplimiento de las exigencias de la SUCAMEC. Además, cuando la Administración se hace de los servicios de estas empresas en virtud del DL 1213, se podrían generar supuestos de una auténtica colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas, toda vez que, por ejemplo, el Ministerio de Justicia podría contratar a una empresa de seguridad privada para que preste el servicio de seguridad exterior en un centro penitenciario.

Adicionalmente, la seguridad privada se suele prestar a través de empresas, personas jurídicas, debidamente constituidas para tal fin, siendo la minoría los casos de personas naturales que ofrecen este servicio. De este modo, el EPCA se corresponde más con dicho tipo de actividad cuando su expresión sea a través de personas jurídicas (entidades colaboradoras). Por ello, la seguridad privada parece ser una actividad de origen privado, organizada por sus propios componentes, y con características de función pública (criterios que se identifican en la figura del EPFP), pero a su vez tiene varios elementos del EPCA, al tratarse, en su mayoría, de empresas estrictamente reglamentadas, sujetas a habilitación administrativa, y que en determinados supuestos pueden actuar en colaboración con la Administración para el ejercicio de otras funciones públicas.

Por lo tanto, el específico ejemplo de seguridad privada, que cierta parte de la doctrina lo sitúa únicamente como una manifestación de EPFP, es, según nuestra opinión, un caso especial e híbrido entre esta última figura y el EPCA, por los argumentos señalados. De lo señalado, se desprende entonces que el EPFP posee, según Sainz Moreno, dos características⁵⁴³ perfectamente identificadas: i) el ejercicio privado de una actividad profesional; ii) que implica en todo o en parte el ejercicio de

⁵⁴¹ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “Aspectos del dilema seguridad pública – seguridad privada: El reparto de funciones”. En: *Fundación Policía Española: Cursos de verano de 2008 de la Universidad Complutense en el Escorial*. Madrid, 2009, pp. 27.

⁵⁴² IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “La seguridad privada a debate”. Op.Cit., pp. 02.

⁵⁴³ SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1780.

una auténtica función pública de autoridad o de poder. Somos de la opinión de que a éstas características deberemos sumarles una adicional, que es la premisa subjetiva señalada al inicio de la sección, y que tiene que ver con la presencia de un individuo particularizado, una persona física, o, en suma, un profesional ejerciente de la función pública, y no de una entidad privada especializada (como en el caso del EPCA)⁵⁴⁴.

En efecto, la actividad profesional constituye la base de esta categoría jurídica. No se trata, pues, de un supuesto de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, ni tampoco de un supuesto de colaboración ocasional con los poderes públicos; o de una carga profesional, sino del ejercicio normal de una profesión⁵⁴⁵. Tampoco se trata, necesariamente, de un supuesto de autorregulación regulada, toda vez que en ésta no estamos necesariamente ante funciones públicas en estricto, sino que puede tratarse únicamente de actividades económicas de alto interés público (como la investigación tecnológica); y además, en el EPFP no se presenta necesariamente una auto-organización o autorregulación de distintos actores para generar sus propias reglamentaciones (de hecho, lo común es que se trate sólo de una persona natural), lo cual sí está presente de manera necesaria en los supuestos de autorregulación⁵⁴⁶.

Sin perjuicio de ello, un ejemplo en el que estaríamos ante un supuesto de autorregulación regulada y EPFP sería el del notario público. Como indicamos, el notariado no es una creación del poder público, sino el resultado del ejercicio de una profesión por actores libres (si bien restringida un determinado número y bajo estándares concretos regulados en el DL 1049); cuya actividad, no

⁵⁴⁴ Como indicamos anteriormente, en el caso del EPFP existe un profesional individualizado que se encarga de desempeñar una actividad, igualmente profesional y originaria de la libertad de configuración privada, pero teñida de componentes y efectos de función pública. Supuesto diferente al que se encuentre presente en el caso del EPCA, en el cual nos encontramos ante entidades privadas, personas jurídicas, especializadas en una materia en concreto. Se precisó también que el hecho de que el EPFP haga referencia a la existencia de un profesional individualizado, no excluye a que dicho particular se apoye de la colaboración o trabajo de otras personas, y que, en conjunto, puedan formar una persona jurídica. Lo importante está en ver que, en el caso del EPFP, quien posee el conocimiento, la especialización o la capacidad es un solo sujeto, el cual puede apoyarse en la conformación de una persona jurídica para su desarrollo; en cambio, en el EPCA, la actividad no se enfoca en un solo individuo determinado y reconocible, sino que el enfoque recae en la entidad privada en sí misma, es decir, en toda la persona jurídica (empresa), siendo hasta cierto punto indiferente la particularización de cada integrante de la entidad. La actividad, la función pública, en esta última, es ejercida por la entidad privada y vincula a la entidad privada en su conjunto, y no a un único profesional especializado, como sí sucede en el EPFP: Es el caso del notariado, en el cual el notario es el profesional especializado (ejerciente privado) que realiza la función pública, y sobre el cual recae la responsabilidad y enfoque administrativo, y lo cual no obstruye a que se pueda conformar una persona jurídica para el ejercicio de la actividad (notaría), sin que ello convierta esta situación en un caso de EPCA.

⁵⁴⁵ Y en cuanto al carácter de función pública que se atribuye al ejercicio de la profesión, debemos señalar que ésta tiene un significado técnico. No se trata, en efecto, de un simple reconocimiento del interés público en que la profesión exista, sino de algo más: de su caracterización y tratamiento eventual como función pública. En: Ídem.

⁵⁴⁶ No debe confundirse esta figura con la referida a la Regulación pública de la autorregulación, o autorregulación regulada, toda vez que en este último caso nos encontramos ante organizaciones que auto-gestionan sus propias reglas de desenvolvimiento, y sobre las cuales el Estado no tiene los conocimientos específicos. Debe recordarse que, en estos casos, el Estado se beneficia de los conocimientos generados por la autorregulación, y para soslayar los posibles efectos o externalidades negativas (riesgos) regula dicha autorregulación mediante mecanismos de intervención administrativa de mínima intensidad (soft law). En cambio, en el EPFP, el Estado no se beneficia de este ejercicio privado, o, en otras palabras, no acude a éste para cubrir brechas de conocimiento y/o especialización. Se trata, en suma, de actividades privadas que, por circunstancias específicas, tienen incidencia en asuntos públicos, o generan efectos jurídico-públicos concretos, sin que ello constituya una auto-organización privada por específicas especializaciones en determinadas materias. Asimismo, en los supuestos de autorregulación regulada nos encontramos siempre ante un colectivo de agentes/actores privados que se regulan en conjunto, y que supone la existencia de distintas personas jurídicas o naturales que se autocomponen; mientras que, en el EPFP, tenemos como una de sus principales características la presencia de un profesional en calidad de persona natural, que no necesariamente se vincula con otros para autorregularse (esto último puede o no suceder). Y lo más importante, en los casos de autorregulación regulada no necesariamente estamos frente a una actividad que constituya una función pública. Puede tratarse de actividades de alto interés público, pero que no por ello constituyan necesariamente auténticas funciones públicas según el esquema y construcción teórica que hemos venido realizando respecto a esta institución; en cambio, el EPFP tiene su razón de ser y gira siempre en torno a este elemento.

obstante, tiene caracteres de función pública por su eficacia jurídico-pública en los intereses de los ciudadanos. El notariado, a su vez, constituye una actividad que, al tener su origen en la esfera privada, termina autorregulándose para una adecuada prestación del servicio, por ejemplo, a través del Colegio de Notarios de Lima, específica forma de autorregulación regulada de tipo *descendente*. En consecuencia, el notariado oscila entre formas de autorregulación regulada y EPFP, siendo un supuesto en el que ambas figuras colindan, sin necesariamente suponer que una es igual a la otra.

Ahora, todas estas actividades que constituyen un EPFP se dan en virtud de un título debidamente reconocido por las autoridades públicas competentes, el cual, no obstante, es totalmente ajeno a cualquier forma concesional. El título en virtud del cual se desempeñan las funciones públicas en virtud del EPFP no es un título concesional, sino que es un *título profesional*, originario de su libertad como agente privado y reconocido con efectos públicos por el Estado, como el caso de los notarios.

El título que ostentan es uno profesional, pero su labor está muy incardinada de elementos públicos, lo cual solo contribuye a resaltar la posición tan ambigua que tienen el ejerciente privado de funciones públicas en su relación con la Administración y los particulares. En este sentido, como bien señala Sainz Moreno, la posición jurídica del ejerciente privado, a diferencia de lo que sucede en el caso del EPCA, tiene entonces una doble vertiente según se trate de su relación frente a la Administración o frente los particulares:

De un lado, frente a la Administración, se encuentra sometido al conjunto de normas que forman la disciplina pública de su actividad, pero sin que ello constituya relación de subordinación alguna⁵⁴⁷. Si bien las actividades profesionales que realizan los ejercientes privados de funciones públicas (EPFP) están también, aunque en mayor o menor medida, reguladas por la Administración, éstos no se encuentran en una relación de sumisión jerárquica entre privado y Estado. El ejerciente privado mantiene su posición profesional independiente e imparcial frente a la Administración, de tal manera que no recibe instrucciones singulares de ésta, sino que cumple exclusivamente, y bajo su responsabilidad, las reglas que regulan su actividad privada⁵⁴⁸.

De otro lado, frente a los particulares, la posición del ejerciente se caracteriza por la concurrencia de elementos de derecho público y de derecho privado: de una parte, está obligado a actuar de una manera reglada⁵⁴⁹, en estricto cumplimiento del deber de probidad con preeminencia del interés general sobre el particular⁵⁵⁰, acorde a las regulaciones administrativas que se hayan establecido para su profesión; pero de otra, el particular que contrata con el ejerciente privado lo hace en virtud de una relación jurídica privada, un contrato privado.

A diferencia de lo que sucede en los casos del EPCA, los actos que se realizan en virtud del EPFP no se imputan a la Administración⁵⁵¹, pues éstos son consecuencia de una actividad privada en estricto, y por lo tanto su responsabilidad no es administrativa, sino civil⁵⁵². El hecho de que su labor profesional privada implique la adopción de elementos con carácter de función pública, no convierte a la actividad como originaria de los poderes públicos. Siendo esto así, el ejerciente privado en virtud del EPFP tampoco se integra, al igual que el EPCA, en la estructura orgánica de la Administración, es decir, no se convierte en una entidad o funcionario del Estado, sino que mantiene su carácter

⁵⁴⁷ *Ibidem*, pp. 1783.

⁵⁴⁸ CANALS I AMETLLER, Dolors. *Op.Cit.*, pp. 276.

⁵⁴⁹ SAINZ MORENO, Fernando. *Loc.Cit.*

⁵⁵⁰ RAJEVIC MOSLER, Enrique. *Op.Cit.*, pp. 226.

⁵⁵¹ CANALS I AMETLLER, Dolors. *Op.Cit.*, pp. 274.

⁵⁵² SAINZ MORENO, Fernando. *Loc.Cit.*

privado. Sin embargo, si bien en ambas figuras existen un ejercicio privado de funciones públicas, y los sujetos mantienen su posición privada sin incorporarse orgánicamente en la estructura de la Administración, es evidente que existen amplias diferencias entre uno y otro concepto.

En el EPCA existen entidades, personas jurídicas especializadas y no individualizadas en un único sujeto o persona natural, que permite la adecuada multidisciplinariedad en las labores. La especialidad la posee la entidad privada en sí, y no un profesional específico de la misma. En cambio, en el EPFP se trata de sujetos individuales, de personas naturales, que si bien pueden valerse de otras personas naturales para el ejercicio de la labor a través de la conformación de una persona jurídica, la atención recae en un solo profesional especializado⁵⁵³, quien es el encargado de ejercer a su nombre, y por sus cualificaciones, la función pública específica (como el notario, ejerciente privado de función pública que, no obstante, puede realizar la labor en una entidad privada, notaría, y con el apoyo de un personal de trabajadores).

Asimismo, la función pública ejercida en virtud del EPCA constituye una actividad que la entidad privada no puede realizar sin una previa traslación por parte de la Administración, pese a que pueda ser especialista y altamente capacitada para su ejercicio. Esta función pública es, en principio, ejercida por la Administración, pero por razones ya explicadas, es trasladada a entidades privadas para su ejercicio. Por ello, dicha función pública no nace de la labor profesional de estas entidades, sino que tiene su origen en la Administración, y posteriormente es habilitada para el ejercicio de la entidad privada: en esta figura es imprescindible el acto de traslación de Estado a privado.

En el caso del EPFP sucede al revés. La actividad profesional que realiza el sujeto privado es, por coincidencia, una actividad con caracteres de función pública. Dicha actividad nace del ámbito de libertad particular, y por su repercusión en asuntos de índole públicos, es reglamentada por la Administración para su correcto ejercicio (que no necesariamente se corresponde con el supuesto de autorregulación regulada, como vimos).

En resumen, la actividad privada en estos casos tiene características y efectos de función pública, y por ello es reglamentada, pero esto no convierte a la actividad en una propia de la Administración, como sí sucede en el caso del EPCA. Siendo esto así, podemos advertir que el EPFP no es la figura jurídica más idónea para encuadrar este fenómeno colaborador. Como bien expone Canals, las razones de esta exclusión son, entre otras:

(...) la forma jurídica organizativa con que se presentan las entidades colaboradoras; su actuación, puesto que, en muchos casos, se desarrolla en concurrencia bien con la Administración pública, bien con Entidades colaboradoras de carácter público; la supervisión y fiscalización directa de la Administración titular de las funciones ejercidas por los privados, que supone, incluso, el establecimiento de un sistema de recursos mediante el cual los actos de los agentes privados pueden imputarse a dicha Administración; y, finalmente, la existencia de un margen considerable de discrecionalidad administrativa en la encomienda de estas funciones a Entidades colaboradoras.⁵⁵⁴

⁵⁵³ En este sentido, para poder calificar a un sujeto como ejerciente privado de una función pública, en esta función tiene que concurrir necesariamente la nota de ejercicio profesional. El ejerciente es un profesional dedicado a la materia que constituye función pública, es su giro de negocio, su actividad continua y permanente. Por lo tanto, no se incluyen aquí los supuestos de colaboración ocasional que todo ciudadano debe o puede prestar, según los casos, a esa tarea. En: *Ibidem*, pp. 1709.

⁵⁵⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Op.Cit., pp. 41-42.

Por lo tanto, debemos ser precisos en delimitar un concepto de otro. El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración (EPCA), según la doctrina, es una figura jurídica distinta, mas no ajena, al ejercicio privado de funciones públicas (EPFP), categorías que, si bien no suelen ser utilizadas en el común lenguaje administrativo, no son en lo absoluto figuras en desuso⁵⁵⁵. Debemos ser, entonces, bastante cuidadosos en no confundir ambas nociones⁵⁵⁶.

La repercusión de esta diferencia no es sólo de corte teórico, sino que tiene importantes efectos prácticos, toda vez que en el supuesto del EPCA nos referimos a escenarios en los que empresas privadas especializadas ejercen, por atribución, una auténtica función pública (ITV, gestión privada de cárceles, Terceros Supervisores, etc.), y es común que situaciones como ésta sean confundidas en su lógica con otros supuestos de ejercicio privado de funciones públicas, como la actividad notarial o, incluso, el arbitraje. La repercusión práctica resulta entonces evidente: se trata de situaciones que ameritan diferentes regulaciones y regímenes jurídicos acorde a sus elementos.

Aun así, y como bien indica Canals, lo cierto es que tanto el EPCA como el EPFP, reafirman en definitiva la disolución actual de la correlación existente entre órganos públicos y funciones públicas, incluso, entre actos administrativos y sujetos privados. Así, *la noción de colaboración traduce la irrealidad de una separación radical entre la vida administrativa y la vida privada, así como entre los sistemas jurídicos que gobiernan una y otra*⁵⁵⁷. (...) *Entre las tareas estatales y las actividades propias de los particulares no hay una ruptura radical, sino un campo de gradaciones*⁵⁵⁸. (...) *Organización administrativa y funciones públicas son dos realidades que no se corresponden exactamente*⁵⁵⁹.

Finalmente, el EPCA debe igualmente ser distinguido de los casos de “*externalización de actividades administrativas*”, abordados en la doctrina y ordenamiento español. Como indica Laguna de Paz, la “*externalización*” es una técnica de gestión que consiste en la traslación a personas, privadas o públicas, del ejercicio de actividades que tienen un carácter auxiliar o instrumental para el ejercicio de las

⁵⁵⁵ Sobre esto último, puede revisarse las conclusiones de Bermejo Vera, quien, resumidamente, señala que, en el Derecho actual, estos modos de “ejercicio privado de funciones públicas” no son residuos de categorías históricas ya superadas, sino la respuesta más adecuada al interés público de algunas actividades, su sometimiento a un orden general y, sobre todo, al control de la Administración pública. En: BERMEJO VERA, José. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”. Op.Cit., pp. 308.

⁵⁵⁶ Como bien señala Dolors Canals, junto con los supuestos que habitualmente se consideran ejercicio privado de funciones públicas, existen también otros supuestos que deben separarse. Por ejemplo, las asociaciones de base privada que, en una posición exterior a la organización administrativa, ejercen ciertas funciones públicas. Dichas entidades de base privada no se identifican subjetivamente con la Administración pública, si bien se les reconoce el régimen específico de la llamada “autoadministración corporativa”, esto es, de las corporaciones de derecho público. Estas corporaciones ejercen determinadas potestades consideradas públicas en tanto que suponen la utilización de ciertas prerrogativas en relación con sus miembros. Sin embargo, la Administración no llama a la colaboración de dichas corporaciones para que la auxilien en su actuación. El proceso se sucede, la mayoría de las veces, a la inversa. Las asociaciones de defensa de intereses profesionales pretenden el reconocimiento oficial de los poderes públicos y, precisamente, ese reconocimiento como corporaciones de derecho público ha publicado e integrado aquellos intereses en la organización administrativa (es el caso de, por ejemplo, los colegios profesionales y, según indican algunos, las cámaras de comercio). En: CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad Op.Cit., pp. 276-277. Asimismo, se señala que esta clase de participación corporativa o administración corporativa se detecta claramente la autoadministración en el sentido que se atribuyen por el ordenamiento jurídico o, directamente o mediante delegaciones expresas de la Administración, funciones o servicios de carácter jurídico-público a personas privadas con la finalidad que éstas colaboren o contribuyan en el ejercicio de dichos servicios o funciones. En: ROJAS CALDERÓN, Christian. Op.Cit., pp. 03. Revisar también, sobre las Administraciones Corporativas: BERMEJO VERA, José. Loc.Cit.

⁵⁵⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 278.

⁵⁵⁸ SAINZ MORENO, Fernando. Op.Cit., pp. 1782.

⁵⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 949. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. Loc.Cit.

atribuciones administrativas, y no la competencia administrativa ni su ejercicio permitiéndole con ello a la Administración concentrar sus recursos en el ejercicio de sus competencias⁵⁶⁰.

Josefa Cantero señala, por su parte, que la “*externalización*” es aquella figura que posibilita el traslado a los sujetos privados del ejercicio de funciones que corresponden a la Administración por decisión de ella misma y en virtud de sus potestades de auto-organización⁵⁶¹. Mientras que Peláez y De la Cuerda definen a este mecanismo como *una transferencia de actividad que, o bien ha venido realizando directamente la Administración pública, o bien considera necesario realizarla a partir de un momento dado, a una organización especializada, mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo*⁵⁶².

La “*externalización*” se instrumenta usualmente a través de convenios, y los casos más conocidos en la experiencia española sobre su aplicación práctica radican en ámbitos como la seguridad industrial; el control y vigilancia de la calidad de aguas; la colaboración en la aplicación de los tributos; en materia de subvenciones; y en materia de licencias urbanísticas⁵⁶³. En este sentido, la razón de ser de un mecanismo de “*externalización*” radica en la existencia de una serie de tareas auxiliares o instrumentales que no necesariamente tienen que ser realizadas por órganos administrativos⁵⁶⁴.

Se trata únicamente de tareas accesorias, complementarias, meramente materiales o logísticas que no implican la asunción de ninguna prerrogativa o potestad pública, y que podrían ser expresadas mediante mecanismos como el “Encargo o encomienda de gestión”⁵⁶⁵. Esto último, precisamente, constituye el límite de toda técnica de externalización, pues, tal como señala Cantero, el ejercicio de potestades públicas (pese a la ambigüedad en la definición de éstas) debe suponer un límite insoslayable al fenómeno de la externalización⁵⁶⁶.

De este modo, las entidades privadas colaboradoras, en virtud de un mecanismo de externalización administrativa, no pueden ejercer de ninguna manera potestades públicas⁵⁶⁷, toda vez que ello excedería la razón de ser de este mecanismo, y para ello efectivamente existe otra figura jurídica específica, que es el EPCA. Por ello, “*externalización*” y EPCA difieren sustancialmente en el objeto que es materia de traslación. En el primero, el objeto se limita únicamente a tareas auxiliares o meramente instrumentales, mientras que, en el segundo, el objeto es precisamente el ejercicio de una función pública que implica la asunción de potestades públicas o autoridad.

2.4.6.1. Breves notas sobre el caso de los *Beliehene* en el derecho alemán

⁵⁶⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 185, 2011, pp. 99.

⁵⁶¹ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”. En: *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 286-287, 2010, pp. 300.

⁵⁶² PELÁEZ, José Antonio y Daniel de la Cuerda. “Externalización de la gestión y los servicios del sector público”. En: *Colecciones LID*. Madrid, 2005, pp. 22. Cita original de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Loc.Cit.

⁵⁶³ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Op.Cit., pp. 100-103.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 104.

⁵⁶⁵ Todo indica que este mecanismo estaría bastante vinculado, como dijimos, a la técnica del “encargo de gestión”, recogido en el artículo 80 del TUO de la LPAG. No obstante, en el ordenamiento español ambas figuras difieren levemente, en la medida en que mientras la externalización abarcaría también a los sujetos del sector privado, el encargo o encomienda de gestión estaría limitado únicamente a las relaciones entre entidades públicas, según la Ley 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española. En nuestro ordenamiento, no obstante, y como se verá posteriormente, la técnica del encargo de gestión sí permite la encomienda de tareas de la administración a particulares, de modo tal que este mecanismo sería, sin lugar a dudas, correlativo a la figura de la “externalización” española.

⁵⁶⁶ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Op.Cit., pp. 299.

⁵⁶⁷ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Op.Cit., pp. 105.

Si el EPCA es una figura, aunque no muy profundizada, típica de nuestro ordenamiento jurídico regional e iberoamericano, también es cierto que en otros ordenamientos jurídicos se ha intentado, de la misma manera, dar una categorización a las formas de ejercicio de funciones públicas por parte de privados. Y un ejemplo de ello es la figura de los *Beliebene* en el ordenamiento jurídico alemán, figura un poco más asentada, aunque igualmente poco regulada. Tal como indica Rejevic Mosler, en el caso alemán su Constitución establece expresamente que las facultades de soberanía sólo pueden ser confiadas, como regla general y con carácter permanente, a los funcionarios públicos, cuyo estatuto debe regirse de acuerdo a los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera⁵⁶⁸.

Sin embargo, dicha regla general tiene excepciones, como son las representadas por la figura de las *Beliebene*, denominación que se da a las entidades privadas que están facultadas para ejercer, a su título⁵⁶⁹, funciones públicas de autoridad y potestades públicas, y que se despliegan en innumerables campos. Son, según Darnacullea i Gardella, *entidades privadas que actúan como agentes descentralizados de la administración*⁵⁷⁰. Al ejercer estas potestades son consideradas por la Ley germana de Procedimiento Administrativo, pese a su naturaleza privada, órganos o autoridades administrativas, de manera que se les aplican las mismas reglas que a un órgano de la Administración⁵⁷¹.

La figura de los *Beliebene* se refiere, entonces, a sujetos privados, personas naturales o jurídicas sujetas al régimen de derecho privado, que, en ámbitos concretos y limitados, ejercen funciones públicas en nombre propio y bajo propia responsabilidad, con independencia plena respecto de la Administración Pública que les ha encomendado las respectivas funciones⁵⁷². Según Canals, la figura de los *Beliebene* responde a un proceso de privatización material (en el que se traslada la titularidad), según los conceptos de la doctrina alemana, que se distingue de la privatización estrictamente formal u organizativa⁵⁷³, en la que lo que se privatiza son los modos de actuación del sector público.

Mediante esta figura administrativa el Estado aprovecha el conocimiento experto, la iniciativa y los intereses, así como los servicios, medios técnicos y personales, de los sujetos privados, descargando con ello el aparato administrativo, es decir, descentralizando sus tareas. Por ello, las *Beliebene* son conocidas en nuestro lenguaje como “agentes descentralizados de la Administración”⁵⁷⁴. Estos agentes descentralizados son, generalmente, personas jurídicas, de derecho privado, especializadas en una materia específica, y a las que se acude debido al aumento de la complejidad de algunas funciones públicas. Estas entidades deben demostrar su capacidad de realizar la actividad que se les encarga con garantías de continuidad y calidad, exigencia que puede ser contemplada en la ley que habilita el traslado de las funciones públicas a sujetos privados.

⁵⁶⁸ RAJEVIC MOSLER, Enrique. Op.Cit., pp. 227-228.

⁵⁶⁹ Lo cual las convierte en un tipo de figura más comprometida que las EPCA, las cuales únicamente tienen la delegación del ejercicio y no la titularidad, como se verá luego.

⁵⁷⁰ Las entidades privadas que tienen la condición de *Beliebene* actúan en nombre propio y con plena autonomía, pero al mismo tiempo son consideradas como titulares de una función pública. No están integradas en la Administración ni son dependientes de la misma, ni son órganos o autoridades administrativas; sin embargo, poseen la consideración de tales en virtud de la Ley alemana de procedimiento administrativo, algo similar a lo que sucede con las entidades de derecho privado que ejercen “función administrativa” en virtud del numeral 8 del artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Revisar: DARNACULLEA I GARDELLA, María Mercè. “La colaboración de entidades privadas en Alemania: las ‘Beliebene’ o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración”. En: *Galán G., Alfredo y Prieto R., Cayetano (coords.) El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*. Madrid: Editorial Huygens, 2010, pp. 398.

⁵⁷¹ RAJEVIC MOSLER, Enrique. Loc.Cit.

⁵⁷² CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 295.

⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 296-297.

⁵⁷⁴ DARNACULLEA I GARDELLA, María Mercè. Op.Cit., pp. 397 y ss.

Indica Darnaculleta i Gardella que, en efecto, el título jurídico a través del cual se traslada la función pública a las entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración (*Beliebene*) tiene que ser necesariamente un instrumento jurídico público. Según señala, este traslado puede producirse directamente a través de una ley⁵⁷⁵ o a través de un reglamento, previa habilitación legal⁵⁷⁶, elementos y condiciones muy similares al caso de las EPCA en nuestro derecho iberoamericano.

Finalmente, una de las características más destacables de las *Beliebene* es que, en el ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendadas, están rigurosamente sometidas a la supervisión y control de la Administración, supervisión la cual debe abarcar tanto un control de legalidad como un control técnico, en el que se verifique si se cumple con los fines de la tarea encomendada⁵⁷⁷. Estas breves descripciones de la figura del *Beliebene* alemán nos resultan de gran utilidad a efectos de recoger los puntos más importantes para el desarrollo e interiorización del EPCA, que de igual manera carece de una regulación exhaustiva pero cuya doctrina, especialmente española, aborda con arduo interés.

2.4.7. ¿Es el EPCA una forma de privatización?

Hasta aquí, hemos descrito la naturaleza jurídica del EPCA y la posibilidad jurídica de su existencia. Su viabilidad ha sido demostrada y justificada en virtud de los argumentos vertidos a lo largo de la presente sección. El EPCA, sostenemos, debe ser considerado como una institución y técnica propia del derecho administrativo, tal como sucede con el servicio público.

Las razones, lógica y estructura operacional que están detrás de ambas figuras son sumamente similares, aunque cada una con sus propios y específicos matices, técnicas, herramientas, mecanismos legales y, sobre todo, contenidos. En este sentido, si los servicios públicos están directamente relacionados con la teoría de la privatización, es coherente que también nos preguntemos si el EPCA está igualmente vinculado a dicha institución desde el enfoque teórico, lo cual será abordado a continuación.

2.4.7.1. Breves comentarios sobre los conceptos de privatización y liberalización

Para entender el concepto de privatización, creemos, es necesario comprender primero el concepto de liberalización, toda vez que, si bien ambas nociones pueden estar en gran medida vinculadas, no tienen la misma naturaleza ni abarcan la misma situación de hecho. De acuerdo a Valencia Martín, la liberalización es un fenómeno ligado a la competencia, que consiste en crear un mercado (abrir la competencia) en sectores en los que hasta ahora se excluía la libre iniciativa privada, o en introducir más competencia en sectores donde, si bien ya había libertad de empresa, ésta se encontraba con regulaciones muy restrictivas⁵⁷⁸.

Podemos ver entonces que la liberalización es la apertura de la competencia en una determinada actividad; es crear libre mercado donde no lo había, es decir, es la habilitación político-jurídica para que la iniciativa privada ingrese en campos donde anteriormente no podía por restricciones legales y económicas. Es, en suma, una habilitación abstracta, en la medida en que no necesariamente va a

⁵⁷⁵ El supuesto más habitual es, sin embargo, que, previa habilitación legal, la Administración pública competente proceda al traslado de una función pública de su titularidad a manos de uno o varios sujetos privados. Este traslado se produce, o bien a través de un acto administrativo necesitado de aceptación, o a través de un convenio administrativo, el cual es más habitual en estos casos y de mayor aceptación por la doctrina. En: *Ibíd*em, pp. 416.

⁵⁷⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. *Op.Cit.*, pp. 297.

⁵⁷⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Op.Cit.*, pp. 417.

⁵⁷⁸ VALENCIA MARTÍN, German. “Servicios públicos y Organismos reguladores”. En: *Derecho Administrativo*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo - Jurista Editores, 2004, pp. 384.

conducir a la inmediata concretización de la iniciativa privada sobre la actividad correspondiente, pero sí la permite. De otro lado, la privatización consiste en trasladar la gestión de una actividad o empresa, de manos públicas a manos privadas⁵⁷⁹, reduciendo con ello el margen de intervención pública y aumentando la eficiencia económica recurriendo a lo privado en diversos campos⁵⁸⁰. La privatización, según se indica, tendría un enfoque tanto político⁵⁸¹ como jurídico, siendo este último de un contenido más complejo al abarcar una óptica tanto amplia como específica de dicha institución.

Así, desde una visión jurídicamente amplia, la privatización alude a toda iniciativa pública que persigue reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo “público” y recurriendo a lo “privado”, en diversos campos⁵⁸². Y son precisamente estos diversos campos los que constituyen, cada uno, la noción o visión específica de la privatización. La privatización, como puede apreciarse, desde una óptica amplia, no alude necesariamente como objeto a un servicio público, o a una empresa pública. En general, la privatización como concepto político y jurídico, describe una lógica de actuación que plantea un cambio del enfoque de actuación del Estado, relegando lo público para darle más espacio al actuar privado en ámbitos inicialmente manejados por aquel.

Si bien este enfoque recae principalmente en la actividad económica, no vemos ningún impedimento en que dicha lógica recaiga también en otros ámbitos de la actividad pública, ya sea en los bienes, funciones o procedimientos mismos de la Administración. Afirmamos lo anterior a partir de un entendimiento del enfoque amplio de privatización. Ahora, desde un enfoque específico, podemos encontrar hasta cuatro formas en las que dicha institución se puede presentar:

- i) *Privatización de las formas de actuación del sector público* (cuando el sector público se limita a adoptar los modos de actuación del sector privado)⁵⁸³;
- ii) *Privatización de aspectos secundarios de la gestión de un servicio público* (cuando se recurre a la contratación privada de actividades meramente auxiliares o instrumentales de la prestación de un servicio público)⁵⁸⁴;
- iii) *Privatización de la gestión del servicio público* (sin cambio de titularidad); y,
- iv) *Venta o cualquier otra forma de enajenación de una empresa o propiedad pública al sector privado*⁵⁸⁵, es decir, la transferencia a la titularidad privada de la facultad de control sobre un ente o activo antes controlado por el aparato público, y dedicado a la producción de bienes y servicios⁵⁸⁶.

Esta última forma de privatización es la que, a nuestro juicio, suele ser interiorizada comúnmente por las personas. La transferencia total a título de propiedad de un activo del Estado a manos del sector privado, posibilidad reconocida en el Decreto Legislativo N° 674 (Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado), es lo que comúnmente se suele entender como privatización. Como vemos, este razonamiento no está del todo mal, pero es incompleto e impreciso. La

⁵⁷⁹ Ídem.

⁵⁸⁰ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Op.Cit., pp. 93.

⁵⁸¹ Desde una perspectiva política, las privatizaciones están vinculadas a un proceso de cambio de sociedad y de modelo de Estado, con el fin de conseguir una sociedad más libre y más eficaz; y a su vez, también se considera a la privatización como un mecanismo técnico para conseguir dinero y obtener mayor eficiencia en la producción y prestación de bienes y servicios. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Op.Cit., pp. 504-505.

⁵⁸² Ídem.

⁵⁸³ De aquí se desprende la conocida frase de “huida del derecho administrativo”, que se verá luego.

⁵⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de las modalidades contractuales de prestación de servicios o “outsourcing”, recogidas, para el caso de empresas estatales, en el Decreto Legislativo N° 674 (Ley de Promoción de la Inversión en las Empresas del Estado), y en la derogada Ley N° 28059 (Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada), hoy recogidos y reconocidos de manera general por el Decreto Legislativo N° 1224.

⁵⁸⁵ VALENCIA MARTÍN, German. Op.Cit., pp. 385-386.

⁵⁸⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Loc.Cit.

privatización es una institución más amplia que no se limita únicamente a la venta de activos del Estado al sector privado, sino que abarca una serie de actuaciones específicas o formas adicionales, pero no debidamente conocidas por todos, que son las reconocidas por la doctrina y señaladas anteriormente.

Podemos afirmar, entonces, que esta última forma específica de privatización (la venta de activos), siendo la más conocida y utilizada, es también denominada como una privatización en sentido “estricto” o “material”. Privatización en sentido amplio, y privatización en sentido específico (que son todas las formas antedichas, principalmente –por su uso y conocimiento- la estricta o material, de transferencia de la titularidad), son los dos enfoques que giran en torno a esta institución. Ahora, a partir de la descripción de estos dos elementos, liberalización y privatización, si bien responden a una directriz en común, que es la potenciación de la participación privada en ámbitos de control público, ambos conceptos manejan lógicas distintas⁵⁸⁷.

La liberalización constituye comúnmente una etapa previa a la privatización, y decimos comúnmente porque pueden existir también formas de privatización sin liberalización. Privatización y liberalización son fenómenos que pueden darse unidos, pero que también pueden operar perfectamente por separado. Por ejemplo, las medidas de liberalización del conjunto de la economía o de sectores económicos donde rige la libertad de empresa (como la eliminación de aranceles) no comportan privatización alguna, toda vez que afecta actividades que ya se encontraban en manos privadas⁵⁸⁸.

Existe aquí una liberalización para aumentar la competencia, y no tanto para crearla desde cero. E incluso, podría darse el escenario de que, luego de la aplicación de varias medidas liberalizadoras en un determinado sector (imagínese, en el de saneamiento y agua potable), no existan medidas concretas de privatización debido a circunstancias de diferente índole, tales como decisiones políticas, ausencia de ofertantes, restricciones o trabas en los mecanismos de transferencia de activos, etc.

Del mismo modo, la transferencia de una empresa pública al sector privado (forma específica de privatización) que realizaba una actividad económica de por sí abierta a la iniciativa privada y concurrencia de ofertantes privados (porque no toda privatización versa sobre servicios públicos), no supone la aplicación de una medida de liberalización⁵⁸⁹, toda vez que, en efecto, el mercado ya se encontraba abierto a la competencia. Es, por ejemplo, lo que sucedería si el Estado enajenara la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. - Editora Perú a un inversionista privado, toda vez que la actividad desplegada por dicha empresa estatal (editorial de diarios, revistas, folletos, etc.) es una actividad abierta al mercado, de libre concurrencia de la iniciativa privada.

⁵⁸⁷ Así, mediante las medidas de liberalización, se dice, lo que se buscan son las ventajas de la competencia frente a situaciones de monopolio, en términos de ampliación de la oferta y posibilidades de elección del consumidor, mejora de la relación calidad/precios, mayor potencial de adaptación a los cambios tecnológicos, etc.; mientras que lo que hay detrás de las privatizaciones, como justificación general, es la idea de la superioridad del empresario privado sobre el público y de que, por lo tanto, trasladar la gestión de una actividad al sector privado puede ser más rentable y eficiente para el propio sector público o para el conjunto de la economía. En: VALENCIA MARTÍN, German. Op.Cit., pp. 386-387.

⁵⁸⁸ Ídem.

⁵⁸⁹ German Valencia señala que, incluso en el marco de los servicios públicos, las medidas de liberalización y privatización tampoco tienen que ir necesariamente unidas. Pone el ejemplo de que, el paso de la gestión directa de un servicio público a alguna fórmula de gestión indirecta, como la concesión, implica una privatización de la gestión del servicio, pero no una liberalización, en la medida en que no introduce per se competencia en la prestación del mismo. Y, por otro lado, la liberalización de un servicio público, mediante la eliminación de su reserva al sector público y su apertura a la libre competencia, no tiene por qué conllevar necesariamente la privatización de la o las empresas públicas operantes en el sector, aunque indudablemente puede contribuir a ella. En: Ídem.

Evidentemente, la gran mayoría de veces ambas acciones deberían estar concatenadas, como sucede, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones⁵⁹⁰, en la que existe una liberalización parcial del sector (por tratarse de un régimen de servicios públicos) a partir de la finalización del periodo de concurrencia limitada de Telefónica del Perú S.A. en el año 1998, la cual permite la entrada de una pluralidad de empresas en competencia (por el mercado), y a su vez, se dio una privatización de las antiguas empresas públicas del sector (CPT S.A. y ENTEL PERÚ S.A.), enajenadas, precisamente, a la referida empresa de telefonía.

2.4.7.2. Aplicación a la figura del EPCA

El EPCA, como ya vimos, alude a un ejercicio de funciones públicas (de potestades o de autoridad) por parte de agentes privados. Se trata de empresas privadas a las que, atendiendo a su especialización y mayor capacidad de gestión de una determinada actividad, se les traslada el ejercicio de determinadas funciones públicas, manteniendo la Administración pública la titularidad de las mismas. La lógica del EPCA es similar a la de los servicios públicos (salvando las evidentes diferencias de estructura y contenido que ya fueron descritas), en los que existe un operador privado que, en virtud de un título habilitante (concesión), es habilitado para prestar una actividad económica inicialmente reservada para el Estado y excluida de la participación privada.

La fórmula del EPCA es parecida. Existe una empresa privada que, a partir de una técnica legal, es facultada para ejercer una actividad del Estado sobre la cual no tenía posibilidad de participar. En ambos casos, el Estado mantiene la titularidad de la actividad, pues únicamente se cede el ejercicio o prestación respectiva.

En el caso de los servicios públicos, es cierto, sí suelen privatizarse activos mediante esta fórmula, en la medida en que existen empresas estatales que son vendidas al sector privado. No obstante, en el caso del EPCA dicha posibilidad no existe. Las funciones públicas son realizadas por organismos competentemente habilitados y obligados a ejercerlas, de manera tal que el hecho de que algunas de estas funciones sean trasladadas a la esfera privada, no implica de ninguna manera que la entidad pública sea transferida al sector privado.

No se trata de una empresa estatal que realiza una actividad económica, que puede ser privatizada y enajenada, sino de una entidad pública no lucrativa que realiza funciones públicas, actividades de naturaleza no económica⁵⁹¹, de forma tal que es impensable una posible enajenación del “activo” correspondiente⁵⁹². No hay venta alguna, ni asunción de titularidad por parte del privado. Tampoco hay una transferencia de la titularidad de la función. Si bien la Administración delega el ejercicio de una función pública, esto no quiere decir, en el caso preciso del EPCA, que dicho traslado tenga por objeto la misma titularidad de la función, la cual queda siempre en la esfera pública.

A diferencia de lo que sucede en el caso revisado de las *Beliebene* del ordenamiento alemán, en el que los denominados “sujetos descentralizados de la administración” reciben la titularidad misma de la función, la doctrina⁵⁹³ española ha sido contundente en que, la figura del EPCA, únicamente se refiere

⁵⁹⁰ *Ibidem*, pp. 388.

⁵⁹¹ Aunque los medios a través de los cuales dicha función pública se expresa sí podrían tener naturaleza económica – comercial, como se verá más adelante.

⁵⁹² De por sí, y como se verá posteriormente, el mecanismo de delegación de funciones públicas, recogido en el artículo 76 del TUO de la LPAG, no implica que cuando una entidad pública delegue funciones a otra entidad pública se transfiera con ello el activo de la entidad delegante. Si esto no sucede en un supuesto de entidades públicas, menos sucedería en el caso de una delegación a entidades privadas.

⁵⁹³ GALÁN GALÁN, Alfredo. *Op.Cit.*, pp. 78.

al traslado del ejercicio, y nunca de la titularidad. Así, como bien señala Darnaculleta i Gardella, la Administración puede trasladar a ciertas entidades privadas la totalidad del ejercicio de una función pública, pero retiene para sí la titularidad de dicha función, de modo que puede recuperarla en cualquier momento⁵⁹⁴. Por lo tanto, para el caso del EPCA queda descartada una forma de privatización estricta por enajenación o transferencia de la titularidad, ya sea de la entidad pública inicialmente encargada de la función, o de la función misma. Veamos entonces las otras formas de privatización reconocidas por la doctrina y señaladas líneas arriba.

La privatización de las formas de actuación del sector público (privatización formal o ficticia)⁵⁹⁵, dijimos, se da cuando el sector público adopta los modos de actuación del sector privado, utilizando sus fórmulas organizacionales, procedimientos y técnicas para aplicarlas en el desarrollo de sus funciones y cometidos⁵⁹⁶. Se trata, en suma, de que la misma Administración pública, los mismos entes públicos, realicen ciertas funciones como siempre lo han hecho, pero esta vez utilizando el conocimiento o técnicas (valor agregado) del sector privado⁵⁹⁷. Este mecanismo, si bien puede resultar muy beneficioso en la medida en que su aplicación puede acarrear mejores y eficientes resultados en el cumplimiento de las tareas de la Administración pública⁵⁹⁸, puede también esconder únicamente una de las típicas expresiones de “huida del derecho administrativo”⁵⁹⁹ para con ello eludir, de manera injustificada, los controles y restricciones del régimen público⁶⁰⁰.

El EPCA, por su parte, implica un ejercicio de la actividad no por parte de los entes públicos, sino al contrario, por parte del mismo sector privado. Son las entidades privadas colaboradoras las que realizan las funciones públicas delegadas, y las cuales se someten a una reglamentación estricta del derecho administrativo, mientras que en la referida forma de privatización es prácticamente a la inversa, siendo el sector público el que realiza la actividad, pero utilizando las reglas del sector privado. Por lo tanto, esta forma de privatización tampoco es aplicable al caso del EPCA.

Asimismo, vimos también la forma de privatización enfocada en los aspectos secundarios de la gestión de un servicio público, o en general, diríamos, de una actividad pública⁶⁰¹. Señala Martín

⁵⁹⁴ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. Op.Cit., pp. 415.

⁵⁹⁵ Como bien indica Valencia Martín, esta forma no constituye una privatización en estricto, en la medida en que la actividad sigue estando en manos públicas, siendo conveniente más bien hacer alusión a una privatización “formal o ficticia” para este caso. En: VALENCIA MARTÍN, German. Op.Cit., pp. 385; ver también: GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op.Cit., pp. 32.

⁵⁹⁶ Como bien indica Valencia Martín, esta forma no constituye una privatización en estricto, en la medida en que la actividad sigue estando en manos públicas, siendo conveniente más bien hacer alusión a una privatización “formal o ficticia” para este caso. En: VALENCIA MARTÍN, German. Loc.Cit.

⁵⁹⁷ Tal como indica Sebastián Martín-Retortillo, la utilización de esta técnica no constituye una real novedad, pues desde sus orígenes está ligada a la gestión industrial de la Administración. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 144, 1997, pp. 08.

⁵⁹⁸ VALENCIA MARTÍN, German. Loc.Cit.

⁵⁹⁹ Este término, según Alli Aranguren, hace alusión al incremento de la utilización del Derecho privado por parte de la Administración. Como manifestaciones de éste, se pueden destacar la incorporación de fórmulas convencionales para terminar los procedimientos administrativos, la transacción, o para adoptar decisiones, como es el caso de los convenios urbanísticos. Por su parte, Domínguez Martín señala que, a raíz de la enorme ampliación de los fines del Estado, se le plantea a la Administración importantes desafíos que requieren de formas de gestión flexibles que, en principio, parecen encontrarse más fácilmente en el ámbito del Derecho privado, frente a los límites, trabas y limitaciones que, de forma clásica, se suelen predicar de la actividad administrativa de policía. Es en este contexto en el que, según la autora, aparece la actuación de la Administración bajo formas de Derecho privado y en el que se enmarca el debate de cuestiones tales como la llamada “huida del Derecho administrativo”. La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración pública acuda a este tipo de formas es el principio de eficacia. En: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Op.Cit., pp. 92; y, DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica. Op.Cit., pp. 115.

⁶⁰⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op.Cit., pp. 10.

⁶⁰¹ Al respecto, debemos precisar primero que, si bien algunos autores suelen vincular directamente el término privatización de servicios a la institución misma del “servicio público” (como lo es esta última referencia, hecha por

Valencia que, en efecto, este tipo de privatización se da cuando se recurre a la contratación privada de actividades meramente auxiliares o instrumentales de la prestación de un servicio público, como, por ejemplo, la limpieza y el mantenimiento de la seguridad de un edificio público, o de ciertos segmentos de un servicio público.

En suma, no es otra cosa que la conocida contratación de prestación de servicios, o también denominada *outsourcing*, sólo que esta vez proveniente del sector público, recogida en nuestro ordenamiento en el Decreto Legislativo N° 674 (Ley de Promoción de la Inversión en las Empresas del Estado), y en la derogada Ley N° 28059 (Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada), hoy recogidos y reconocidos de manera general por el Decreto Legislativo⁶⁰² N° 1224. Todas estas actividades accesorias, segmentadas, e incluso complementarias, hacen referencia a que su desarrollo gira en torno a una actividad principal. Mediante el EPCA, en cambio, e independientemente de que se trate de un servicio público o función, lo que se traslada es una actividad principal.

Ya hemos explicado los motivos que impulsan a que las Administraciones opten por un mecanismo como el EPCA, teniendo con ello en claro que lo que se traslada a los particulares es una actividad de suma importancia y que atiende directamente a un interés público. Mediante el EPCA no se traslada una actividad meramente logística o de soporte⁶⁰³, sino que se trata de una actividad compleja, que requiere una especialización específica por parte de quien la realiza, y que por ello tiene un carácter principal y no accesorio, complementario o segmentado. Atendiendo a ello, queda entonces descartada esta forma de privatización para una eventual vinculación con el EPCA.

Finalmente, está la forma de privatización de la gestión misma de una actividad principal, sin cambio de titularidad, es decir, manteniendo la consideración de la actividad como una propia del sector público, cuya titularidad y responsabilidad últimas sigue siendo pública. Indica Valencia Martín que, se trata pues, de un simple paso de la gestión directa de la actividad a alguna modalidad de gestión indirecta⁶⁰⁴.

Sostenemos que el EPCA, por su lógica y contenido, tiene una estructura muy similar a esta forma de privatización. El EPCA y los servicios públicos coinciden en el razonamiento de que una actividad pública (servicio o función) es dejada de ser realizada directamente por el sector público, para ser trasladada, mediante un mecanismo legal específico, al sector privado. En este sentido, dicha forma de privatización, en la que se transfiere la gestión de una actividad principal (reservándose la Administración la titularidad de la misma) es la que mejor calzaría con la mecánica del EPCA. Si bien esta modalidad de privatización se entiende generalmente aplicada a los casos de un servicio público,

Valencia Martín), consideramos, no obstante, que no hay razón suficiente alguna para que la noción de la privatización tenga que circunscribirse únicamente a dicha institución, toda vez que ya pudimos apreciar que éste término tiene una concepción amplia que permite interiorizar una serie de supuestos que pueden ser incluidos en su contenido. Así, por ejemplo, la enajenación de una empresa estatal destinada a una actividad comercial libre (privatización material o estricta), no constituye la privatización de un servicio público, y por ello, ambos conceptos no van necesariamente de la mano.

⁶⁰² Cabe precisar que, en virtud del Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, estos segmentos o aspectos secundarios a la gestión de un servicio público (o una infraestructura de uso público), pueden ser también desarrollados mediante un esquema conocido como la “Asociación Público-Privada sin componente de inversión”, ajustándose esta figura a aspectos principalmente complementarios de la prestación del servicio, como lo sería, por ejemplo, el sistema de pesaje en una carretera interprovincial.

⁶⁰³ Por ejemplo, tratándose de funciones, somos de la opinión que dicha forma de privatización estaría más relacionada a un mecanismo de “encargo de gestión”, recogido en el artículo 80 del TUO de la LPAG, el cual será abordado posteriormente.

⁶⁰⁴ VALENCIA MARTÍN, German. Loc.Cit.

nada obsta, como venimos diciendo, a que dicha lógica sea aplicable también a otro tipo de actividades públicas desde un criterio amplio de la privatización.

En definitiva, las funciones públicas no se venden, no se enajenan en propiedad, no se transfieren sus titularidades. Pero al haber hecho referencia a que la privatización no se limita únicamente a transferencias de titularidad, ni que se limita únicamente a los casos de servicios públicos, cabía preguntarnos si en efecto era posible hablar propiamente de otro tipo de privatización sobre estas funciones. Si bien suena bastante polémico hacer alusión a una “privatización de funciones públicas” (y por ello preferimos evitar este uso ambiguo y susceptible de generar confusiones), debemos aceptar que en virtud de los argumentos indicados líneas arriba, la figura del EPCA es susceptible de ser teóricamente considerada, ante todo, como una privatización en sentido amplio, o privatización *relativa* en palabras de Rodolfo Carlos Barra⁶⁰⁵; y específicamente como una forma de privatización por gestión indirecta de la actividad⁶⁰⁶. De este modo, podemos ver que el EPCA calza en la figura de privatización que hemos venido desarrollando.

Ahora, nos resulta interesante analizar cómo es que un caso concreto de EPCA, como el de la gestión privada de las cárceles, podría calzar en este razonamiento. Al respecto, consideramos que, en el presente caso, no se configuraría un esquema de liberalización en cuanto a la función pública en específico (función del régimen penitenciario). La liberalización, como dijimos, implica la apertura de la competencia, de la libre iniciativa privada, o la introducción de mayor competencia sobre la ya existente, en un campo económico concreto.

Utilizando el ejemplo de la gestión privada de la actividad penitenciaria (DL 1229), tenemos que ésta no constituye, en términos teóricos, una actividad económica, sino específicamente una función pública, de forma tal que, en principio, resultaría jurídica y teóricamente inviable aplicar un sistema de liberalización sobre este sector. En efecto, en tanto función pública de la Administración, resultaría inviable abrir puertas a la libertad económica en un plano no económico, en donde, en principio, no existen usuarios que reciben la prestación de un servicio, y en el que no se van a crear mercados que ofrezcan un producto determinado a dicho usuarios-consumidores.

No se podría crear un mercado de “actividad o régimen penitenciario”, en donde ingresen libremente los agentes privados para prestar los servicios de atención o gestión penitenciaria, a usuarios libres susceptibles de recibir la prestación de un servicio y escoger libremente a qué empresa acudir. No existe un “servicio penitenciario” susceptible de ser ofrecido a destinatarios indeterminados para su aprovechamiento y disfrute, y por ello, no resultaría posible plasmar un esquema de liberalización sobre dicha función pública. Pese a ello, es indispensable trazar una muy importante diferencia. Una cosa es la *función pública* como mandato y deber de la Administración, y otra muy distinta son los *medios* a través de los cuales se expresa y materializa dicha función (véase resolución de la ex Comisión de Acceso al Mercado N° 0013-2008/CAM-INDECOPI). Y esto *medios*, precisamente, pueden ser abiertamente instrumentos o formas económico-comerciales, es decir, actividades económicas en estricto.

⁶⁰⁵ BARRA, Rodolfo Carlos. “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, N° 6, 1991, pp. 31.

⁶⁰⁶ Téngase en cuenta que evitamos hacer referencia a una “privatización de funciones públicas”, únicamente por razones estratégicas, toda vez que, si bien hemos demostrado la posibilidad de aplicar este concepto en la figura del EPCA, reconocemos que una alusión como tal generaría no sólo polémicas, sino también severas confusiones en el lenguaje jurídico y más aún, en otras áreas multidisciplinarias.

Es el caso, como veremos más adelante, de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos (ITV), en la que, si bien se configura como una función pública decisoria de la Administración, respaldada en el deber de supervisión y fiscalización de productos industriales para garantizar la seguridad pública, los *medios* a través de los cuales se cumple dicha función son abiertamente económicos, plasmados en la actividad técnica realizada por los Centros de revisión vehicular (según la Ley N° 29237). Aquí es claro que, si bien la función de supervisión y fiscalización en la seguridad industrial no es una actividad económica de por sí, su aplicación práctica sí permite la creación de un mercado específico, identificado como el mercado de revisiones técnicas vehiculares, en donde una adecuada presencia de ofertantes canaliza mejores resultados en cuanto a eficiencia, precios y calidad del servicio⁶⁰⁷.

Y sobre dicho supuesto, consideramos, podría interpretarse que, de forma indirecta, se estaría “liberalizando-creando” un mercado distinto al de las simples revisiones en talleres sin eficacia pública vinculante, que es el de las revisiones técnicas para la obtención del correspondiente certificado que habilite al usuario para manejar su vehículo. En efecto, se trata de una responsabilidad de la Administración que será ejercida por los privados en un esquema de mercado en libre competencia, y siendo esto así, no se puede negar la presencia de ciertos componentes de liberalización y privatización.

El caso de la gestión privada de las cárceles es relativamente parecido. En este supuesto, también identificamos la presencia de una auténtica función pública conformada por la actuación del régimen penitenciario (gestión y administración de las cárceles y los internos), que evidentemente está desprovisto de un componente económico-comercial; pero a la par encontramos también ciertos mercados que, en virtud de la Promoción de la Inversión Privada (PIP) en este sector, se van creando progresivamente.

Así, al permitirse la participación privada en la gestión de las cárceles, se crean mercados de diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura penitenciaria, así como mercados para la prestación de los servicios internos relacionados a la administración, alimentación, limpieza, salud, seguridad, entre otros. En efecto, si bien la actividad penitenciaria, desde el enfoque del régimen penitenciario no es una actividad económica que pueda ser comercializada, la puesta en marcha de dicha actividad termina indirectamente abriendo ámbitos para la inversión privada y prestación de servicios, resaltando con ello la afirmación que hicimos inicialmente de separar la función pública de los *medios* a través de los cuales se expresa la misma⁶⁰⁸.

En este sentido, enfocándonos en estos *medios* económicos que nacen de la función penitenciaria (infraestructura – servicios), identificamos que sí es posible extender algunas reglas aplicables, por ejemplo, al mercado de los servicios públicos, en donde la idea que subyace es la de restringir el número de posibles prestadores o ejercientes de la actividad. Siendo esto así, en este tipo de

⁶⁰⁷ En estos supuestos, como se verá también en el próximo capítulo, es más útil la utilización de mecanismos de autorización frente a los de concesión, toda vez que éste último se justifica por la presencia de otros criterios relacionados a fallas de mercado y restricción de la competencia.

⁶⁰⁸ Consideramos que, en este caso, se encuentra presente una fórmula de privatización en la gestión privada de las cárceles, toda vez que la entrega en concesión de la infraestructura carcelaria para su operación, o la concesión para la construcción de nuevos recintos penitenciarios constituyen un supuesto en el que se traslada la gestión de una actividad pública a manos privadas. Se trata, por ende, de una forma de privatización de la gestión misma de la actividad, sin cambio de titularidad. Se mantiene la consideración de dicha actividad como una propia del sector público, específicamente, del Ministerio de Justicia y del INPE, pero se cambia el enfoque de la gestión directa de esta actividad a alguna modalidad de gestión indirecta por empresas privadas.

actividades resulta aplicable una lógica de “competencia *por* el mercado” (y no de competencia *en* el mercado), semejante al escenario de los servicios públicos.

Una “competencia *en* el mercado” implica un mercado abierto sin restricciones, con lo cual se le daría mayor grado de libertad a las empresas para responder a la demanda de los consumidores. En cambio, en la “competencia *por* el mercado”, la Administración limita la entrada de cualquier privado interesado en el servicio mediante un concurso o licitación en el que establece las condiciones de operación de dicha actividad, previniendo con ello eventuales fallas de mercado que podrían presentarse si el escenario fuera el de una libre competencia⁶⁰⁹.

Por ende, la “competencia *por* el mercado” implica un sistema en el que existe es una competencia entre empresas para que el destinatario (el Estado), decida optar por habilitar a de una de ellas a través del mecanismo de la concesión. Ahora, sobre la base de estas afirmaciones, podrían plantearse algunos cuestionamientos acerca de si la entrega de concesión de algunas de estas actividades funcionales implica el establecimiento de barreras burocráticas a la libre competencia. Sobre esto último, y como analizaremos mejor al momento de abordar el análisis de la autorización administrativa en el siguiente capítulo, consideramos que, si los *medios* a través de los cuales la función pública se expresa son actividades comerciales de naturaleza económica libre, entonces sí podrían presentarse eventualmente actuaciones que constituyan una barrera burocrática a su ejercicio.

Nuevamente nos apoyamos en el ejemplo de las ITV, supuesto en el cual la función pública termina creando un mercado para la prestación del servicio de revisiones vehiculares por parte de distintos ofertantes, en un esquema de libertad de empresa y libre iniciativa privada (si bien sometida a una estricta reglamentación). Siendo estos *medios* de naturaleza comercial, y estando en la línea de un sistema de libre habilitación para su ejercicio, la imposición, por ejemplo, de un monopolio legal en dicha actividad (mediante una concesión) terminaría siendo perjudicial para la libre competencia y para la prestación misma del servicio, siendo esto una evidente barrera burocrática⁶¹⁰.

Como veremos luego, es esto lo que sucedió en el caso LIDERCON, del servicio de inspección técnica vehicular, en el que se estableció un monopolio *ilegal* en la actividad cuando ésta, de por sí, debía ser libre a través de diferentes ofertantes en el mercado mediante un sistema de autorizaciones, tal como lo indicó en su momento el mismo INDECOPI mediante distintos pronunciamientos⁶¹¹. No obstante, para el caso de la gestión privada de las cárceles no se aplica el mismo razonamiento, toda vez que, al tratarse de un enfoque de competencia *por* el mercado, y no de libre concurrencia de ofertantes, el establecimiento de una concesión que le otorgue el monopolio legal a una empresa no constituye una barrera burocrática.

⁶⁰⁹ Se ha señalado que bajo este esquema (de competencia por el mercado) se ofrece solución a situaciones en donde la competencia de las empresas durante la prestación del servicio o actividad no resulta social ni económicamente deseable, de modo que el sistema de la competencia se termina trasladando al ámbito previo a la prestación del servicio, es decir, al de la selección de los ofertantes. En: JARA RISCO, María y Joaquín Vásquez Córdova. “El servicio de transporte público urbano de personas: libre mercado y regulación”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 6, N° 12, 2012, pp. 317.

⁶¹⁰ En efecto, es legalmente posible que existan manifestaciones de barreras burocráticas provenientes del ejerciente privado de funciones públicas. Así, según el artículo 1 de la Ley N° 30056, que modifica el segundo párrafo del artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 (Ley de Organización y Funciones del INDECOPI), se señala que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas impondrá sanciones al funcionario, servidor público o a cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que aplique u ordene la aplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad.

⁶¹¹ Resolución N° 0013-2008/CAM-INDECOPI; Resolución N° 0368-2015/CEB-INDECOPI; entre otras.

En conclusión, son estos los criterios que se deberían tomar en cuenta al momento de analizar si, por el traslado del ejercicio de una función pública, se podrían originar o no barreras burocráticas en las actividades económicas que materializan dichas funciones. Es posible identificar la presencia de ciertos elementos de liberalización únicamente en cuanto a los *medios* por los cuales se manifiesta el ejercicio de una función pública, sean éstos relacionados a una competencia *en* el mercado o una competencia *por* el mercado. A su vez, es posible identificar la presencia de fórmulas de privatización en el ejercicio de funciones pública por entidades privadas colaboradoras, específicamente a través de la gestión de una actividad principal sin cambio de titularidad.

2.4.8. El EPCA como una manifestación de Colaboración Público-Privada (CPP)

La Colaboración Público-Privada es una figura arraigada desde hace ya varios años en el ordenamiento peruano y en general en la doctrina del derecho administrativo, y ello se debe al gran impacto que tiene en el desarrollo de los proyectos de alto interés público que se impulsan actualmente y que seguirán apareciendo. Así, esta figura se posiciona como un instrumento clave para que las empresas y administraciones públicas puedan solucionar eventuales crisis o brechas económicas y sociales, toda vez que, por un lado, permite a las administraciones generar los bienes y servicios públicos que demanda la sociedad, y por otro lado permite a las empresas explotar nichos de mercado que tradicionalmente eran explotados por la Administración pública directamente⁶¹².

Por su propia definición, el EPCA implica una expresión de colaboración entre lo público y lo privado. El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración es una figura jurídica que implica la cooperación y colaboración entre el sector público y los agentes privados, específicamente agentes manifestados a través de personas jurídicas de origen y derecho privado. En este sentido, tan sólo etimológicamente se podría afirmar que el EPCA es una forma de Colaboración Público-Privada (en adelante, “CPP”). No obstante, la relación no es así de simple, toda vez que la CPP es una figura con notables características identificadas y resaltadas no sólo por la doctrina, sino también por conclusiones de la misma Unión Europea (UE) y por la misma legislación existente en torno a aquella.

El EPCA es una figura que, si bien expresa de manera directa la mecánica de colaboración con la Administración, presenta también elementos que podrían no coincidir con la tradicional estructura de la figura de CPP, como se verá luego. Pese a ello, consideramos que el EPCA sí podría estar englobado en una idea genérica y amplia de CPP, no tanto por las características que la doctrina y la UE dan a ésta última, sino por el concepto mismo de colaboración privada en la amplia gama de proyectos de interés público.

2.4.8.1. Concepto y elementos: una *idea* general de CPP

Sin intención de extendernos mucho en el desarrollo de la CPP, o también denominada Participación Público-Privada, podemos definir a ésta como una *idea* que plasma la existencia de toda forma de colaboración entre Administración y privados para llevar a cabo un proyecto o prestación de interés

⁶¹² CAZALLO ANTÚNEZ, Ana María. “La participación público-privada como estrategia de gestión sostenible en los servicios públicos de transporte de viajeros”. En: *Camacho Ballesta, J.A. y Jiménez Olivencia, Y. (eds). Desarrollo Regional Sostenible en tiempos de crisis. Vol. 2, Cap. 23.* Granada: Universidad de Granada, 2013, pp. 430. En la misma línea, para Vasallo e Izquierdo la CPP supone que la relación entre ambos sectores (público y privado) funciona como una relación entre agente (contratista), que vela por su propio interés, pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. En: VASALLO MAGRO, José Manuel y Rafael Izquierdo Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España.* Bogotá: Corporación Andina de Fomento, 2010, pp. 105.

público. Definición un tanto amplia y ambigua, pero que, en nuestra opinión, se justifica por la misma ambigüedad del contenido y la adaptabilidad de la figura a nuevas formas de participación.

Pese a ello, la CPP no tiene una definición uniforme, y usualmente se le define a partir de los mecanismos contractuales. Así, según el Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones – COM (2004) 327 Final (en adelante, “Libro Verde”), la expresión CPP se refiere a *las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*⁶¹³.

El Libro Verde hace referencia a “diferentes formas de cooperación” precisamente, porque la CPP no se limita únicamente a la forma contractual⁶¹⁴. En efecto, se puede identificar dentro de la figura de la CPP a las formas de Colaboración *contractuales e institucionales*. En las operaciones de CPP de tipo puramente contractual, la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales; mientras que las operaciones de CPP de tipo institucionalizado implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente⁶¹⁵.

De este modo, las operaciones de CPP *institucionalizadas* implican la creación de una entidad en la que participen conjuntamente el sector público y privado, lo cual puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad específica en la que participen ambos sectores (por ejemplo, una sociedad de propósito específico), o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado. Dicha entidad común, se dice, tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público⁶¹⁶.

Al respecto, podemos identificar que el EPCA, si bien se configura como una especial forma de participación entre lo público y lo privado, no llegaría a ser propiamente una forma de CPP *institucionalizada*. En efecto, como hemos visto, la CPP institucional o asociativa⁶¹⁷ implica la creación de un ente entre el agente público y el agente privado, o la asunción de cierta posición accionarial en una determinada institución existente.

El EPCA, por el contrario, traza de forma visoria la separación entre la entidad pública titular de la función y la entidad privada que ejerce la misma. Existe una colaboración continua, pero ésta se

⁶¹³ Libro Verde – COM (2004) 327 Final, pp. 03.

⁶¹⁴ Usualmente se ha definido al CPP como una fórmula contractual concebida para dar respuesta a aquellos casos en que el órgano de contratación no se halla objetivamente capacitado para definir los medios técnicos o para establecer unilateralmente los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para llevar a cabo una determinada prestación. En: RIDAO I MARTIN, Joan. El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. En: *Asociaciones Público-Privadas – Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 13, 2013, pp. 247.

⁶¹⁵ Libro Verde – COM (2004) 327 Final, pp. 08-09.

⁶¹⁶ La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado. En: Libro Verde – COM (2004) 327 Final, pp. 19.

⁶¹⁷ El profesor Baca señala que las formas de CPP institucionales o asociativas aluden a la creación de entidades en las que participa el sector público y el sector privado, y las privatizaciones mediante las cuales las empresas privadas toman el control de entes instrumentales de la Administración, cuando no van acompañadas de una correlativa devolución al mercado de las tareas que aquellos tenían encomendadas. En: BACA ONETO, Víctor. “Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano”. En: *Asociaciones Público-Privadas – Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 13, 2013, pp. 37. Revisar también: MIGUEZ MACHO, Luis. “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 175, 2008, pp. 159.

desarrolla sin que cada uno de los actores pierda su posición inicial o pase a formar parte de alguna entidad nueva y ajena. La entidad privada colaboradora sigue siendo una empresa ajena a la estructura orgánica de la Administración, de modo que no asume control alguno ni se une con ésta para crear una entidad.

Siendo esto así, el EPCA se inclinaría más hacia las formas de CPP contractuales, toda vez que, si bien no ha quedado aún definido el mecanismo específico mediante el cual se concreta el EPCA, lo cierto es que el contrato se mantiene como una figura contingente en este tipo de operaciones⁶¹⁸. No obstante, resulta difícil poder identificar a primera vista la forma bajo la cual el EPCA podría estar relacionado a este ámbito de CPP contractuales. Ello se debe, precisamente, a la misma complejidad que denota la referencia a la CPP contractual, pues, debido a la diversidad de modalidades contractuales que podemos encontrar en la legislación vigente, no todos los contratos administrativos parecen estar ajustados a las características mismas de la CPP.

Así, por ejemplo, dentro de la *idea* genérica de CPP contractuales se suele incluir comúnmente a los sistemas concesionales bajos la fórmula de Asociaciones Público-Privadas -regulados de forma general por el Decreto Legislativo N° 1224-; las fórmulas de contratación estatal reguladas por la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado (LCE); el mecanismo de Obras por Impuestos regulado por la Ley N° 29230 y modificado por el Decreto Legislativo N° 1238 (y que, en suma, no son propiamente contratos, sino sólo convenios); entre otras.

Por su lado, según el Libro Verde, las operaciones de CPP suelen caracterizarse, a grandes rasgos, por: i) la duración relativamente larga de la relación; ii) el modo de financiación del proyecto (autofinanciado o cofinanciado); iii) el papel del operador económico en el diseño, realización, ejecución y financiación del proyecto, y el papel del socio público en el establecimiento de las políticas de precios y calidad; y, iv) el reparto de riesgos entre el socio público y privado⁶¹⁹. Al respecto, es de notar que, por ejemplo, los contratos en virtud de la LCE no cumplen necesariamente con estas características. Por un lado, los contratos de la LCE no suelen ser de larga duración, sino que se limitan a un plazo máximo de tres (03) años (salvo ley especial expresa o causa justificante), de acuerdo al artículo 120 del Reglamento de la LCE⁶²⁰.

⁶¹⁸ De antemano, y como se revisará mejor en el siguiente capítulo, podemos adelantar que nuestra opinión gira entorno a un sistema parcialmente contractualizado del ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras. Sin perjuicio de ello, consideramos que no es el contrato (sea en modalidad de contratación estatal o incluso de concesión) el instrumento que traslada el ejercicio de estas funciones, sino únicamente un mecanismo para estructurar adecuadamente las obligaciones y derechos que se desprenden del ejercicio de tales funciones de la Administración para determinadas materias (como por ejemplo, la recolección y disposición de residuos sólidos o la contratación de terceros supervisores en materia ambiental). Esto quiere decir que, de forma previa al contrato (en los supuestos de EPCA que involucren estos acuerdos), deberá existir un instrumento legal que sirva como “puente” entre las funciones públicas de la Administración y el ámbito de ejercicio privado de determinadas empresas especializadas. Pese a ello, también es de advertir que el ideal indicado no se corresponde necesariamente con la realidad normativa, siendo muy probable que no exista un instrumento específico para el traslado de funciones en virtud del EPCA; lo cual podría suponer que la solución se incline en una utilización alternativa de instrumentos relativamente ligados a la señalada figura. En resumen, el contrato (en sus diferentes modalidades) no es un mecanismo que, por sí mismo, cumpla con las exigencias teóricas para trasladar las funciones públicas a los privados. Pese a ello, su presencia se hace contingente como un instrumento *ex post* (al mecanismo –o mecanismos alternativos- que sí permitan dicho traslado) que sirve, únicamente en algunos casos, para regular las obligaciones y derechos que la actividad trasladada genera para la Administración titular y para la entidad colaboradora. Hacemos énfasis en que no todos los ejemplos de EPCA involucrarían necesariamente la figura del contrato, toda vez que, por ejemplo, la inspección técnica de vehículos (ITV) podría someterse a un procedimiento que combine, como etapa primera, al sistema de *acreditación pública*, y como etapa posterior, al sistema de *autorización administrativa*, tal como se verá en el siguiente capítulo.

⁶¹⁹ Libro Verde – COM (2004) 327 Final, pp. 03.

⁶²⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

Asimismo, en los contratos de la LCE no hay significativos niveles de financiación distribuidos entre el Estado y el contratista, sino que se tratan de proyectos encargadas “llave en mano” a éste último, es decir, en los que el contratista se limita a ejecutar el proyecto a cambio de la contraprestación del Estado. Y en efecto, una característica de los contratos de la LCE es, precisamente, que el contratista privado no financia el proyecto. A su vez, no es característico en los contratos de la LCE la distribución de riesgos entre el contratista privado y la entidad pública contratante. En la medida en que no hay una significativa inversión o financiamiento por parte del contratista, no hay asunción de mayores riesgos relacionados al proyecto⁶²¹.

Por ende, los contratos públicos en virtud de la LCE no llevan inmersos los componentes descriptivos de la CPP, y en ello radicaría la principal razón de cualquier oposición a su inclusión dentro del ámbito de dicha figura. No obstante, la colaboración en este tipo de contratos podría estar presente, si bien de forma remota, debido a que se tratan de proyectos destinados a un fin público.

Es claro que el contratista privado no tiene, originariamente, una obligación de colaborar con las entidades del Estado (lo cual sí está presente en toda forma de relación entre las entidades públicas de acuerdo al artículo 85.1 del TUO de la LPAG), pero puede afirmarse que, al formar parte de una relación contractual con la Administración, su obligación de cumplir con las prestaciones asumidas se configuraría como una forma indirecta de colaborar con el Estado. En todo caso, pese a las críticas que se puedan dar entorno a la inclusión de los contratos de la LCE como formas de CPP, lo cierto es que la doctrina incluye como una manifestación de CPP en sentido amplio a estas formas contractuales⁶²², de modo que asumiremos a estas modalidades dentro del paquete genérico de la *idea* de CPP.

2.4.8.2. Delimitaciones estrictas de la *idea* de CPP en función al marco legal peruano

No obstante, aquí parece presentarse un somero obstáculo de índole conceptual. Las definiciones de CPP contractuales, y las CPP en general, se enfocan siempre en hacer referencia a un mismo objeto, que es el de la realización de proyectos de construcción de infraestructuras de uso público o la prestación de servicios públicos en colaboración con el Estado. Y esto se debe a los mismos orígenes políticos de los programas de colaboración entre sector público y privado que se remontan a la experiencia anglosajona.

⁶²¹ Cabe señalar que es el traspaso y asunción de riesgos el componente que permite separar los contratos públicos de la LCE del sistema de concesiones.

⁶²² BACA ONETO, Víctor. Op.Cit., pp. 41.

Los contratos de CPP, y de forma más específica las Asociaciones Público-Privadas (APP)⁶²³, que son una concreción del género o *idea* de CPP, se inspiran⁶²⁴ y son traducción de la figura británica del *Private Public Partnership* (PPP), las cuales, a su vez, se originan en el año 1992 como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico denominado *Private Finance Initiative* (PFI), cuyo objetivo era, precisamente, modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios⁶²⁵.

Un ejemplo de ello es Aragone Rivoir, quien define a la CPP o PPP como *acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades, tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo*

⁶²³ Debe advertirse que la APP es sólo una modalidad más (si bien predilecta) de la CPP, de modo que no debe confundirse la terminología entre ambos conceptos. Las APP, según el artículo 11 del DL 1224, son modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnologías y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener “infraestructura pública y/o proveer servicios públicos”, bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Esta figura, según la citada norma, también podrá ser utilizada para la prestación de “servicios vinculados” a infraestructuras y servicios públicos, así como para “proyectos de investigación aplicada e investigación tecnológica”, tal como se señalaba en la Ley N° 30167 que modificó el derogado Decreto Legislativo N° 1012. Sin perjuicio de ello, podemos señalar que una APP es, ante todo, un esquema o estrategia empresarial que busca impulsar un trabajo o proyecto conjunto entre el sector privado y el sector público para la ejecución de un proyecto que sea rentable para ambas partes y, para ello, se requerirá que dicho esquema se materialice en una específica operación. Desde un plano más cercano a lo jurídico, y de acuerdo a la Guía de Referencia de Asociaciones Público-Privadas, las APP son contratos a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño. En: *Guía de Referencia de Asociaciones Público-Privadas. Versión 2.0. Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo / Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo*, 2014, pp. 18. A su vez, y como bien indica Marcia Wiss, las APP constituyen un mecanismo de colaboración público-privada (de origen anglosajón a través de la figura de los *Public Private Partnerships*) y que, como algunos autores indican, constituye una especie de “tercerización” total o parcial de proyectos de infraestructura y servicios sociales que serían tradicionalmente asumidos por el Estado, pero que este decide desarrollar en asociación con el sector privado con los resultados de un incremento en la capacidad de inversión, incremento en la eficiencia y optimización de la asignación de riesgos. Revisar al respecto: WISS, Marcia A. y Teresa Maurea Faria. *Public Private Partnerships in Latin America: Governmental Salvation or Deception?* Business Law International. Vol. 8, N° 2, 2007, pp. 189. Asimismo, es importante no confundir la figura de la APP con la de Iniciativas Privadas (IP). según el artículo 33 del DL 1224, las IP constituyen el mecanismo mediante el cual el sector privado presenta proyectos ante el Estado para el desarrollo de Asociaciones Público-Privadas, Proyectos en Activos, y/o los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674. Las IP constituyen un vehículo legal de más alcance en comparación de las APP (no en cuanto a su contenido u objeto, sino únicamente en cuanto a su ámbito de aplicación), y que puede llegar a involucrar, a su vez, a otros mecanismos de inversión (incluida las APP). En consecuencia, las IP son, en el fondo, un canal, una “ventana”, un medio para impulsar o dar origen a un proyecto empresarial que necesariamente involucra la participación del Estado, ya sea como un “socio” o simplemente como un “autorizador” del proyecto. Así, más que un mecanismo específico de promoción de la inversión privada, consideramos que las IP son una “forma general” de canalizar la inversión hacia diferentes formas específicas, y estas formas específicas pueden delimitarse aún más, por ejemplo, al materializarse en una determinada modalidad contractual. En este sentido, no debemos confundir las IP con las APP. Una APP es, ante todo, un mecanismo para canalizar la participación conjunta del Estado y del inversionista en un determinado proyecto, y necesariamente tendrá su origen en solo una de dos formas posibles: por impulso del Estado, o por impulso del privado. Si es por impulso del Estado, se trata de una APP de iniciativa estatal que se materializará a través de un determinado Concurso de Proyectos Integrales o una Licitación Pública Especial. Si es por impulso privado, entonces se tratará de una APP por Iniciativa Privada. De esta manera, si bien no se trata de figuras ajenas, lo cierto es que no siempre irán de la mano.

⁶²⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. En: *Asociaciones Público-Privadas – Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2013, pp. 18. Autor el cual se basa en una serie de bibliografía británica, entre las cuales destaca la obra HODGE, Graeme A., Garsten Greve & Anthony E. Bordman. *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Edward Elgar: Cheltenham (UK) y Northampton (USA), 2010.

⁶²⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. “Contrato de Colaboración Público-Privada”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 170, 2006, pp. 08.

*invariablemente la Administración las potestades de control y regulación de las actividades desarrolladas en tales casos*⁶²⁶.

Asimismo, y como bien señalan Vasallo Magro e Izquierdo Bartolomé, la CPP o PPP se fundamenta en prestar servicios de calidad a los usuarios al menor costo posible. Principalmente, la CPP se utilizaría para atender brechas de infraestructura de uso público, toda vez que *la participación del sector público se vuelve necesaria debido a que, a diferencia de lo que pasa con otros bienes y servicios de la economía, la infraestructura padece importantes fallos de mercado—muchas de ellas son monopolios naturales y producen importantes costos externos—, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos; mientras que la introducción del sector privado permite, a su vez, fomentar la competencia, lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras*⁶²⁷.

Por su parte, Concha Jaraba advierte que la CPP se origina en un contexto mundial y regional en el que el control del gasto público resultaba una preocupación de primer orden, contexto en el cual se aplicaron políticas de ajuste presupuestario y de reducción de déficit fiscal, a la par que la sociedad necesitaba de grandes proyectos para reducir la brecha de infraestructura⁶²⁸.

De igual manera, Baca Oneto indica que las formas de CPP están vinculadas a la provisión de un servicio o de una infraestructura, respecto de las cuales se pretende su financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento a cargo de un privado⁶²⁹. Por su parte, Morón⁶³⁰ destaca que la alianza entre sector público y privado ha sido identificada como un mecanismo *ad hoc*, destinado a satisfacer el interés público a través de la inversión privada frente al déficit de inversión que los Estados atraviesan en sectores como la infraestructura pública y los servicios públicos.

En consecuencia, la razón por la cual se vincula siempre la CPP a los proyectos de infraestructura y prestación de servicios públicos (y de interés público) es debido al origen y contexto de formulación de la misma idea de la CPP. Políticas de restricción del gasto, sumado a la necesidad de cubrir brechas de infraestructuras (es el caso de la expansión de concesiones en centros penitenciarios durante los años 80' en Estados Unidos y Reino Unido) y prestación de servicios básicos dieron origen a esta idea de CPP y, evidentemente, su recepción se hizo común en los países que igualmente presentaban dichos condicionantes, países latinoamericanos principalmente.

Asimismo, la relación entre CPP contractuales e infraestructuras públicas y servicios públicos se acentúa debido a que la modalidad contractual más común de dicho género es, precisamente, el contrato de concesión⁶³¹. Sin perjuicio de que en el siguiente capítulo desarrollemos de mejor manera el mecanismo de la concesión administrativa, es de notar que este instrumento está directamente relacionado con las actividades servicios públicos y ejecución de obras públicas de infraestructura. Dentro del marco legal de la CPP en nuestro ordenamiento, tenemos que muchas de las normas

⁶²⁶ ARAGONE RIVOIR, Ignacio. “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: Modelos, pautas de utilización y desafíos”. En: *REDETI: Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Madrid, N° 25, Año 9, 2006, pp. 90.

⁶²⁷ VASALLO MAGRO, José Manuel y Rafael Izquierdo Bartolomé. Op.Cit., pp. 104.

⁶²⁸ CONCHA JARABA, Manuel. “La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras”. En: *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*. Sevilla: Editorial Hispalex, 2005, pp. 52.

⁶²⁹ BACA ONETO, Víctor. Loc.Cit.

⁶³⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: Nueva perspectiva de colaboración público-privada y la revisión de la noción de interés público”. En: *VIII Jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 02.

⁶³¹ SEPÚLVEDA FIGUEROA, Blanca. *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tunja: Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2014, pp. 23-24.

relacionadas a la participación o colaboración de privados en proyectos públicos están enfocadas en el desarrollo de concesiones bajo modalidades de APP para la prestación de servicios público o la ejecución de infraestructuras de uso público.

La CPP en el Perú, puede decirse, tuvo su origen y manifestación legal a través de las diferentes normas impulsadas por las políticas de liberalización y privatización iniciadas en la década del 90' durante el gobierno autoritario de Fujimori. En el año 1991 se emitió el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de las empresas del Estado, el cual reconoció, entre otras modalidades de participación privada en dichas empresas, a los contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia y concesión⁶³².

Luego, el mismo año, se emitió el Decreto Legislativo N° 662 que desarrolló el régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, conocidas también como Convenios de Estabilidad Jurídica (CEJ) o también denominados Contratos Ley⁶³³. Posteriormente, en el 2002, se emitió la Ley N° 27342 que precisó ciertos requisitos de inversión para la obtención de este beneficio⁶³⁴.

En el año 1996 se emite el primer cuerpo normativo ordenado (actualmente derogado) sobre el sistema de concesiones en nuestro país, a través del D.S. N° 059-96-PCM y su reglamento aprobado por D.S. N° 060-96-PCM, el cual recogió varias de las disposiciones regadas en los Decretos Legislativos N° 758 y N° 839. Es de resaltar también la Ley N° 28059 promulgada en el año 2003, que aprueba la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (actualmente derogada), a través de diferentes modalidades como la venta de activos, la concesión, la asociación en participación, contrato de gerencia, *joint venture*, especialización de servicios (*outsourcing*) y cualquier otra modalidad permitida por ley.

La referida norma nos parece de suma importancia, toda vez que, si bien actualmente se encuentra derogada, desde ya hace más de una década se reconocía que la participación privada en proyectos públicos podía darse bajo variadas modalidades distintas a la clásica concesión, y en general, bajo cualquier modalidad permitida por ley. Muestra clara que la CPP no acoge un *numerus clausus* de modalidades posibles, sino que permite la apertura de nuevas formas que aparezcan según el contexto legal y económico.

Las anteriores normas, no obstante, daban cuenta de una preponderancia del mecanismo de la concesión como instrumento idóneo para el fomento de la inversión privada en los proyectos de

⁶³² Mediante Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1224, se excluye de las modalidades de participación privada del Decreto Legislativo N° 674 al mecanismo de la concesión, la cual tiene su propio régimen.

⁶³³ En efecto, Contratos Ley y Convenios de Estabilidad Jurídica hacen referencia a la misma figura. Sucede que la terminología “Contrato Ley” es la que la misma Constitución reconoce y consagra en su artículo 62, figura la cual luego fue desarrollada legislativamente (como es el caso del Decreto Legislativo N° 662 o la Ley 27342) mediante la denominación de “Convenios de Estabilidad Jurídica”. Al respecto, puede revisarse: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”. En: *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 46, 2013, pp. 261.

⁶³⁴ A su vez, durante el mismo año se emitió el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, mediante el cual se dan disposiciones para garantizar la libre iniciativa privada, pluralismo económico, garantía en la prestación de servicios públicos y disposiciones adicionales a los CEJ. En el año 1993 acontece un cambio normativo trascendental, que tiene que ver con la promulgación de la Constitución Política de 1993 y con ello, la regulación constitucional del régimen de libertad de empresa e iniciativa privada en la economía, subsidiariedad del Estado, y garantía de prestación de servicios públicos e infraestructura mediante la participación privada. Otra norma que complementa el régimen de CPP en nuestro país es el Decreto Supremo N° 132-97-EF que establece beneficios tributarios para la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

servicios públicos e infraestructura. A ello se le sumó el reconocimiento de supuestos de concesiones cofinanciadas (sea por iniciativa pública o privada⁶³⁵) en las que el socio público aporte ciertos niveles de garantías financieras o no financieras, o desembolso de dinero para determinadas etapas de los proyectos (pagos por obras y pagos por mantenimiento).

Y con ello se genera el reconocimiento formal y legal de este tipo de fórmulas mediante la figura específica de las APP, a través del hoy derogado Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de las APP e Iniciativas Privadas. Llegando a este punto, se puede afirmar, a partir de la legislación citada anteriormente, que la APP es la manifestación de CPP por excelencia, y a su vez, la concesión es la modalidad de APP que más se utiliza actualmente. Si la concesión es un instrumento aplicable para las infraestructuras públicas y los servicios públicos, es lógico que las APP también estén enfocadas en estas materias.

Concesión, APP y CPP (modalidad, régimen e idea) constituyen conceptos ligados a dichas actividades no sólo por cuestiones históricas y políticas, sino también por la misma tendencia del marco legislativo desde la década de los 90' en adelante. Sin embargo, y como venimos señalando, la CPP constituye una idea genérica de participación privada en proyectos de interés público. Si bien su origen se remonta a contextos de fomento de inversiones en los sectores de servicios públicos e infraestructuras, y su desarrollo normativo ha calado en la misma línea, la idea genérica de CPP es mutable y adaptable a nuevos contextos que giren en torno al mismo slogan de “actividades muy importantes, pero de difícil e ineficiente asunción exclusiva por parte de la Administración”, dentro de lo cual sin duda encajaría el fundamento del EPCA.

Prueba de ello es la nueva norma de Asociaciones Público-Privadas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1224 en el año 2015 (en adelante, “DL 1224”), la cual ha expandido el abanico de supuestos sobre los que puede aplicarse esta figura. Así, el DL 1224, a diferencia de lo que se estipulaba en el antiguo marco legal de las APP recogido en el Decreto Legislativo N° 1012, ha establecido que esta figura, además de las clásicas materias de infraestructura pública y servicios públicos, también podrá ser utilizada para la prestación de servicios vinculados a infraestructuras y servicios públicos, así como para proyectos de investigación aplicada e investigación tecnológica, tal como se señalaba en la Ley N° 30167 que modificó el derogado Decreto Legislativo N° 1012.

2.4.8.3. Inclusión relativa pero suficiente en la *idea* genérica de CPP

Un ejemplo claro de que el EPCA parte de la idea genérica de CPP, y que muchas veces ha sido referido únicamente como un proyecto de CPP en infraestructura, es la promoción de la inversión privada en las cárceles. La utilización de fórmulas de APP en centros penitenciarios es una práctica común en países como Estados Unidos, y que se repite en experiencias cercanas como Chile, lo cual indudablemente implica, por un lado, el diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública, y por el otro, el auténtico ejercicio de una función pública de la Administración.

Respecto a ello, ¿caben las funciones públicas dentro de este marco de colaboración público-privada? Desde nuestro punto de vista, las principales razones por las cuales ni el Libro Verde ni la doctrina han recogido de forma expresa la posibilidad de que, mediante una modalidad de CPP se pueda trasladar funciones públicas a los particulares es, precisamente, porque la misma institución del EPCA

⁶³⁵ Esto último -iniciativas privadas cofinanciadas- se habilitó en virtud de la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, del 04 de diciembre de 2012.

no ha sido suficientemente abordada ni estudiada; y porque algunas expresiones prácticas del EPCA no incluyen necesariamente fórmulas contractuales en su operación.

Como vimos, la CPP se desarrolla en un contexto en el que los Estados buscaban cubrir las brechas de inversión destinada a proyectos de gran envergadura pública a través de la participación privada, valiéndose de los beneficios de nuevas fuentes de financiamiento y tecnología para la ejecución de tales proyectos, entre los que resaltan la provisión de servicios públicos y la ejecución de obras públicas. No obstante, y como ya se ha podido apreciar en el primer capítulo de esta investigación, son estos mismos fundamentos los que justifican el traslado de ciertas funciones públicas a la esfera de ejercicio privada. Por ello, ante un aumento considerable de los supuestos de colaboración privada en el ejercicio de determinadas actividades públicas, se va también aumentando el ámbito de cobertura de la *idea* de CPP más allá de las típicas formas antedichas.

Así como bien indica Canals:

Quando se habla de colaboración público-privada no se habla, en principio, de nada extraño al funcionamiento ordinario de la Administración pública. Desde antaño viene siendo habitual que las instancias administrativas recurran a particulares para que colaboren en la gestión de servicios y actividades de carácter público. El sistema general de contratación administrativa y la clásica concesión administrativa en particular, es un sistema asentado de colaboración privada en la gestión de servicios públicos.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, el Derecho positivo viene refiriéndose cada vez más a la colaboración privada en la realización de concretas actividades administrativas por parte de las denominadas “entidades colaboradoras de la Administración”, como si se tratara de un fenómeno distinto.⁶³⁶

En consecuencia, la ausencia de un reconocimiento expreso de la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas como una auténtica expresión de CPP parte de una falta de desarrollo normativo y doctrinal de la misma figura del EPCA. Es claro que el EPCA no desplazará a las materias sobre las que se enfoca la CPP, toda vez que ésta principalmente se orienta a megaproyectos cofinanciados de grandes montos de inversión, dirigidos a atender principalmente infraestructuras de transporte (vial, marítimo, aéreo o ferroviario), o la prestación de servicios públicos que comprometen amplias industrias de redes (como la transmisión y distribución eléctrica, telecomunicaciones, etc.).

Pero así se trate de pequeños espacios y de, quizá, montos de inversión no muy significativos o incluso inexistentes, el EPCA es parte de este enfoque amplio de CPP, el cual no supone un *numerus clausus*, sino una puerta hacia nuevas materias que justifican la participación conjunta entre lo público y lo privado. En este sentido, podemos finalizar esta sección en la línea de lo indicado por Aragone Rivoir, haciendo énfasis en que las técnicas de CPP son mucho más que meros mecanismos de financiación o gestión de infraestructuras con la participación del sector privado. En efecto, y como bien indica el autor, dichas herramientas:

(...) forman parte de procesos de connotaciones mucho más complejas, como son los usualmente denominados procesos de reforma del Estado. Mecanismos los cuales (...) demandan ser acompañados del establecimiento de adecuadas estructuras organizacionales y funcionales al seno de la Administración para conducir las diferentes labores intrínsecas al diseño y estructuración general de operaciones de CPP, así como para el cumplimiento de roles en materia de regulación y control sobre

⁶³⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración. Op.Cit., pp. 21-22.

operadores privados; la disposición de un adecuado régimen de responsabilidades (accountability) para los funcionarios partícipes de la CPP⁶³⁷; y en suma, de una “nueva forma de hacer” en el sector público.⁶³⁸

A continuación, corresponde ingresar al análisis de los instrumentos jurídicos a través de los cuales se puede (o se debería) trasladar el ejercicio de funciones públicas a los particulares, lo cual será desarrollado en el Tercer Capítulo a continuación.



⁶³⁷ Cada vez se hace más importante la aplicación de mecanismos de transparencia y responsabilidades en los proyectos desarrollados por agentes públicos y privados. El caso de Odebrecht en Latinoamérica es un claro ejemplo de ello, pues da cuenta de un sistema de corrupción presente no sólo en la esfera pública, sino también, y principalmente, en el sector privado (incluso, promovido por éste). Bajo una fórmula de EPCA dichas circunstancias podrían igualmente presentarse, y es ahí donde tenemos que pensar en ideas claras que prevengan y mitiguen la creación de ámbitos concertados para la ejecución de actos de corrupción. Toda modalidad de CPP corre el riesgo de contaminarse con eventuales ejercicios de corrupción. Pese a ello, y en ocasión del escándalo Odebrecht, se ha venido señalando que, quizá, la fórmula más eficaz para combatir estos bloques de corrupción sea a través de la creación de organizaciones no gubernamentales encargadas de vigilar, fiscalizar y denunciar oportunamente los actos ilícitos, en la medida en que el mismo Estado no da garantías de que su propia fiscalización sea enteramente transparente y eficaz. Lo curioso es que, dicha propuesta, sería un ejemplo claro de participación de particulares en ejercicio de determinadas funciones públicas de los Estados (como la fiscalización gubernamental), bajo una modalidad muy próxima la figura de participación cooperativa mediante ONG's analizada en el primer capítulo, fiscalización que podría aplicarse incluso ante eventuales proyectos conducidos en virtud del EPCA. La propuesta no deja de ser interesante y hasta necesaria, atendiendo a lo que aún está por venir en el transcurso de las investigaciones que se vayan ventilando para cada país involucrado en este escándalo político empresarial. Para una mejor lectura de esta propuesta, revisar la siguiente columna de Andrés Oppenheimer en el portal de “El Nuevo Herald”: OPPENHEIMER, Andrés. “Latinoamérica, sacudida por la corrupción”. *El Nuevo Herald*. Miami, 19 de mayo. Consulta: 25 de mayo de 2017. <http://www.elnuevoherald.com/opinion-es/opin-col-blogs/andres-oppenheimer-es/article151633447.html>

⁶³⁸ ARAGONE RIVOIR, Ignacio. Op.Cit., pp. 97.

CAPÍTULO III

SOBRE LOS MECANISMOS LEGALES APLICABLES PARA EL TRASLADO DE FUNCIONES PÚBLICAS A LOS PARTICULARES: ANÁLISIS EN VIRTUD DEL MARCO LEGAL VIGENTE.

El EPCA ha sido definido, en general, como una técnica administrativa (que forma parte de la *idea* general de colaboración público-privada) en la que se produce un traslado de auténticas funciones públicas (de *poder* o de *autoridad*) a la esfera de ejercicio de personas jurídicas privadas, con mayor capacidad o especialización sobre la materia correspondiente, para que las realicen bajo estrictos estándares de calidad, eficiencia y respeto de los intereses públicos comprometidos y tutelados normativamente, a cambio de un beneficio económico⁶³⁹ derivado de la ejecución de la función pública delegada.

Esta técnica administrativa es similar en su lógica a la figura de los servicios públicos, en la medida en que se trata de una actividad estatal que es ejercida por el sector privado en virtud de un mecanismo de habilitación legal. Las diferencias entre ambas instituciones ya han sido debidamente establecidas en secciones anteriores. Sin perjuicio de ello, es de recordar que mientras los servicios públicos constituyen actividades prestacionales relacionadas a actividades de naturaleza y contenido económico, la figura del EPCA se circunscribe a las actividades funcionales del Estado, y específicamente de la Administración.

Estas últimas no tienen, en sí, una naturaleza económica o prestacional, sino que se tratan de deberes del Estado de carácter jurídico y/o material en los cuales no calza la lógica de una natural operación económica. No obstante, y como ya se indicó anteriormente, una cosa es hablar de la función pública en sí misma, y otra muy diferente es hablar de los *medios* a través de los cuales se puede expresar dicha función, los cuales, como se verá, pueden ser enteramente comerciales y económicos.

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

Por lo tanto, en la presente sección corresponde determinar, en virtud de nuestro marco legal vigente, cuál es el procedimiento, o, mejor dicho, el mecanismo jurídico concreto de transferencia de las funciones públicas (de *poder* o de *autoridad*) a los particulares en el esquema del EPCA. ¿Se trata de los mismos mecanismos que responden al esquema de los servicios públicos, o se trata de otras formas

⁶³⁹ Adviértase que la figura del EPCA se centra en las modalidades de colaboración privada bajo esquemas estrictamente empresariales, susceptibles de rentabilidad económica. Ello no excluye a que existan formas de colaboración de particulares para el ejercicio de funciones públicas bajo un esquema gratuito. De hecho, estas formas de colaboración se subsumirían en la concepción amplia y genérica de participación privada en los asuntos públicos, por ejemplo, a través de la cooperación de organismos no gubernamentales (ONG's) o Juntas de Riego que coadyuvan al desarrollo de proyectos de alta rentabilidad social, desprovistos de un carácter oneroso o lucrativo. El EPCA, debemos recordar, es también una forma de participación privada, pero que se centra específicamente en los supuestos de colaboración onerosos, muy parecido a la mecánica que subyace a la prestación de servicios públicos. Por ello, el EPCA es una figura enfocada en la colaboración onerosa, susceptible de beneficio económico (bajo la misma lógica de un concesionario de servicios públicos), de modo que su existencia no niega la posibilidad de otras formas de colaboración gratuitas que se subsuman en el concepto general de participación.

legales? Para responder estas interrogantes, consideramos importante comenzar esta sección analizando los mecanismos usualmente vinculados a la figura de los servicios públicos y actividades económicas en general, para en virtud de ello determinar si éstos son igualmente aplicables a la figura objeto de estudio.

3.1. Sobre la autorización administrativa

Usualmente, han sido la concesión y la autorización los instrumentos utilizados para el traslado de funciones públicas a los particulares. Tal como advierte Canals, *la autorización y la concesión administrativas son los dos instrumentos jurídicos que la legislación viene estableciendo como válidos para articular este traslado*⁶⁴⁰.

Sin embargo, existen varios fundamentos teóricos que, en nuestra opinión, demostrarían la incompatibilidad de estos instrumentos como vías para el traslado de funciones públicas de *autoridad* o de *poder* en la esfera privada, pese a que su utilidad práctica (y desde una óptica económica) sea incuestionable en ciertos supuestos. En las siguientes líneas, por tanto, nos enfocaremos en analizar la compatibilidad de ese instrumento en cuanto a su ámbito teórico.

3.1.1. **Concepto e incompatibilidad teórica de la autorización en relación al EPCA**

Según describe Laguna de Paz, la autorización es una técnica de intervención administrativa que lleva a cabo un control preventivo del ejercicio de actividades privadas, y en la que la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar éstas. En este sentido, *la autorización es un acto declarativo de derecho que confiere a su titular una situación jurídica*⁶⁴¹.

Como bien señala Fernández, el concepto de autorización se forma sobre la base del binomio “*derecho preexistente – remoción de límites*”⁶⁴². De este modo, la autorización, en líneas generales, constituye un mecanismo dirigido (sin limitarse) a remover obstáculos⁶⁴³ impuestos por el ordenamiento al ejercicio de determinados derechos preexistentes⁶⁴⁴, pero que, en paralelo, sirven de control de ese mismo ejercicio por parte de la Administración.

⁶⁴⁰ CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 299. Así también: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 518-525.

⁶⁴¹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, pp. 37.

⁶⁴² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Inscripciones y Autorizaciones Industriales”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 52, 1967, pp. 423.

⁶⁴³ La doctrina ha criticado la vinculación estricta de la técnica de la autorización a la mera remoción de obstáculos de poder público. Al respecto, Martín Mateo ha señalado que “la autorización es, principalmente, una declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad, lo que permitiría englobar tanto las autorizaciones discrecionales como regladas, y tanto las puramente declarativas como las constitutivas”. Sin embargo, como bien advierte Eva Desdentado, “de lo que no debe prescindirse para una adecuada comprensión de las autorizaciones es del dato de la “existencia de una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, pues esta nota es la que permite diferenciarla de las concesiones”. En este sentido, muy aparte de la justificada crítica anteriormente señalada, la común nota de “una actividad propia de los particulares” es la que, en principio, descartaría al instrumento de la autorización como mecanismo idóneo para el traslado de funciones de poder desde una óptica estrictamente teórica. Revisar: MARTÍN MATEO, Ramón. “Silencio administrativo y actividad autorizante”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 48, 1965, pp. 214; y, DESDENTADO DAROCA, Eva. *El Precario Administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, pp. 67.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, pp. 66.

Esta técnica administrativa se configura, dentro de las actuaciones del poder de policía, como un título habilitante⁶⁴⁵ que le permite a un particular poder realizar una actividad económica que, en principio, es libre de ejercer en virtud de elementos como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, bajo un sistema preventivo. Por ello, se trata de un acto administrativo *favorable*⁶⁴⁶ de habilitación (y control) para el ejercicio de un derecho que preexiste en la esfera jurídica de los administrados.

Dentro de la teoría de los títulos habilitantes podemos encontrar los que se someten a un sistema represivo, y los que se someten a un sistema preventivo. El sistema represivo implica el libre acceso y ejercicio de una actividad previamente reglamentada, sobre la cual la Administración interviene únicamente cuando identifica transgresiones a las normas preestablecidas. Ejemplo de este sistema son los registros y las declaraciones juradas o comunicaciones previas; en las cuales el administrado simplemente informa a la Administración el inicio de una actividad en concreto, con sujeción a eventuales controles posteriores.

De otro lado, encontramos también el sistema preventivo, el cual implica una restricción general o relativa para el ejercicio de la actividad, y sobre la cual la Administración ingresa para aplicar un control o evaluación previa que viabilice la habilitación⁶⁴⁷. Aquí encontramos la mayoría de títulos habilitantes como la autorización (licencias, permisos⁶⁴⁸) y la concesión administrativa, toda vez que

⁶⁴⁵ Según Arroyo Jiménez, el concepto de título habilitante remite a una técnica jurídico-administrativa que se interpone entre la voluntad individual de iniciar una concreta actividad y el momento en el cual el sujeto puede actualizar su proyecto conforme a Derecho. En: ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 310.

⁶⁴⁶ REBOLLO PUIG, Manuel. “La actividad de limitación”. En: *Tomás Cano Campos (coord.) Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. Vol. 2*. Madrid: Editorial Iustel, 2009, pp. 34.

⁶⁴⁷ De acuerdo a la doctrina, el sistema represivo supone la existencia de una completa regulación previa a la actividad, dentro de la cual ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometida ab initio a control administrativo alguno, sino sólo a posteriori, en los casos en los que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de la reglamentación establecida. El sistema preventivo, en cambio, supone una intervención más intensa, una mayor restricción a la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une la comprobación previa e individualizada de quien pretende ejercer la actividad, cuyo resultado satisfactorio levantará la prohibición general. En este último existe una prohibición general cuyo alzamiento sólo se realiza tras la oportuna tramitación de un procedimiento de control con resultado positivo, mientras que, en el primero, al estar sometido el inicio de la actividad a una regla de libertad general, el control sólo es a posteriori. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Vol. 2. 9ª ed.* Madrid: Thomson – Civitas, 2004, pp. 114 y ss.; y, ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Op.Cit., pp. 314-315.

⁶⁴⁸ Dentro de la teoría de los títulos habilitantes se suele hacer referencia de manera indistinta a las autorizaciones, licencias y permisos para expresar una misma mecánica de habilitación. El marco legal peruano muchas veces utiliza estas denominaciones, de forma indistinta, para denominar ciertos títulos en sectores como los de telecomunicaciones, recursos hídricos, energía, entre otros; dando cuenta de un uso alternativo de las terminologías para separar algunos procedimientos de otros. Así, por ejemplo, tenemos la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, recoge los procedimientos de autorización de uso de agua, licencia de uso de agua, y permiso de uso de agua, procedimientos distintos en cuanto a los elementos que involucran, pero que no dan evidencias de una diferencia en cuanto a las terminologías mismas. De igual manera, el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, que aprueba el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, recoge el procedimiento de licencia como habilitación para operar un servicio de radiocomunicación autorizado, y el permiso como un medio para habilitar la instalación de equipos de radiocomunicación. De modo tal que, a simple vista, no es posible establecer una real diferencia entre estas terminologías, en la medida en que el ordenamiento no da mayores fundamentos que diferencien, conceptualmente, una terminología de la otra. La doctrina, por un lado, entiende que, dada la concurrencia de términos como el de “licencia”, “autorización” o “permiso”, la autorización en sí misma tendría un carácter pluriforme, compuesta por una multiplicidad de instituciones que conviven bajo el ropaje terminológico de “autorizaciones”, en donde ésta figura se constituyen como un género de otras especies “autorizativas”. Respecto a ello, por ejemplo, Laguna de Paz señala que la dialéctica que acompaña a la autorización se ha visto propiciada por la profusión terminológica que emplean la normativa, la jurisprudencia, y aún la propia doctrina, que termina creando un ambiente de “promiscuidad” en el uso de dichas expresiones. Sin embargo, la doctrina señala también algunas posibles diferencias entre uno y otro instrumento. La autorización implicaría una mera remoción de límites a la actividad de los particulares; de otro lado, se indica que la licencia estaría referida a un acto de constatación de naturaleza reglada, en el que existe una constatación previa de determinados requisitos objetivos antes de la habilitación, no limitándose a una mera remoción de límites de forma automática. Y en cuanto al permiso, se dice que éste implicaría un acto supeditado a que el administrado supere

éstos requieren de un procedimiento de evaluación previa en la que se constate el cumplimiento de determinados requisitos para el inicio de la actividad. Dentro de estos mecanismos preventivos, podemos identificar también a los títulos habitantes que implican la preexistencia de un derecho, y por ende, son declarativos del mismo, como la autorización; y los que suponen la constitución de un derecho nuevo que, previo a la habilitación, el administrado no posee, como es el caso de la concesión.

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

De plano, es claro que en términos teóricos la autorización no puede ser el instrumento que concrete dicho traslado de funciones. La autorización, en la medida en que constituye una técnica que opera sobre derechos preexistentes del administrado, no puede ser aplicable al caso de las funciones públicas, precisamente porque sobre estas no existen derechos preexistentes por parte de los particulares. Como se verá más adelante al analizar el mecanismo de la concesión administrativa, no es posible concebir la existencia (previa o *ex novo*) de derechos sobre las funciones públicas de la Administración.

La autorización opera sobre derechos preexistentes en actividades que, en efecto, permiten la existencia previa de estos derechos, y las funciones públicas, por tratarse de actividades funcionales que implican el ejercicio de elementos derivados de la soberanía del Estado, no podrían ser plataforma de este tipo de habilitación. Como bien señala Canals, *la inoperatividad de la autorización administrativa como técnica de atribución de autoridad pública a agentes privados* -dentro del plano de la teoría jurídica- *parece ser indiscutible*. La autorización es una figura clásica de policía administrativa, de intervención pública en la esfera jurídica de los particulares⁶⁴⁹ pero que aterriza sobre el fundamento de la libertad económica.

Es una remoción de límites y obstáculos previamente colocados por la Administración. Siendo esto así, *la autorización no es el instrumento adecuado para ceder a organizaciones privadas el ejercicio de funciones públicas,*

determinadas pruebas o requisitos subjetivos, como sería el permiso de conducir (aunque en el Perú se le denomina licencia). También se suele señalar que el permiso estaría enfocado en actividades inicialmente prohibidas, utilizándose como ejemplo el permiso para utilizar armas de fuego (también denominado *licencia* según la SUCAMEC). En consecuencia, más allá de algunas posturas doctrinales, lo cierto es que el marco legal peruano no establece una diferencia conceptual entre una terminología y otra, siendo las “autorizaciones”, “licencias” y “permisos” denominaciones utilizadas de forma alternativa para expresar, usualmente, títulos habilitantes preventivos y reglados. Por ello, en la presente tesis únicamente se hará referencia a la expresión “autorización” como una terminología genérica que englobe a las demás. Revisar: FERREIRA MORONG, Fabio. *El Régimen Jurídico de las licencias y autorizaciones ambientales en España y Brasil: Análisis jurídico-ambiental derivado de los aspectos novedosos de la normativa general de la Unión Europea sobre prevención y control integrados de la contaminación*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, pp. 285; LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Op.Cit., pp. 32-33; PÉREZ LUQUE, Antonio. “Licencia, autorización y permiso: tres realidades iguales o diferentes”. En: *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Madrid, N° 21, Sección Colaboradores, 2000, pp. 3457 y ss.; cita original de (y revisar también): FRAILE GARRIDO, Adrián. *Nuevas formas de control administrativo de la actividad económica: comunicaciones y declaraciones responsables*. Segovia: Trabajo de Fin de Grado. Universidad de Valladolid – Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, 2016, pp. 07-10. Cita web: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/18518/1/TFG-N.521.pdf>

⁶⁴⁹ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 299.

en relación con las cuales los particulares no ostentan ningún tipo de derecho subjetivo⁶⁵⁰. Por su parte, Abruña señala que, por su propio contenido, la autorización no es técnica adecuada para otorgar el ejercicio de funciones públicas de ningún estilo, toda vez que su objeto es hacer posible el ejercicio de actividades propias, en principio, de los sujetos que tienen un derecho preexistente para realizarlas⁶⁵¹. Por lo tanto, en la medida en que no existen derechos preexistentes sobre las funciones públicas de la Administración, y en general, sobre la actividad funcional del Estado, la autorización, como técnica de traslado de funciones a los particulares, debería ser en principio descartada.

Es importante traer a colación lo señalado por Galán Galán, quien indica que el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas no encaja con la naturaleza propia de la autorización administrativa. En este sentido, y como indica el autor, la autorización no puede ser una técnica que habilite a un sujeto privado para el ejercicio de una función pública, toda vez que esta constituye una actividad que, *de no mediar una habilitación para su ejercicio privado, sería realizada directamente por la Administración*⁶⁵². Esto quiere decir que las funciones públicas, al no ser una actividad originariamente libre, no estarían sujetas a un principio de subsidiariedad como sí lo estarían las actividades sujetas al régimen de autorización administrativa.

No obstante, desde un plano económico y práctico la autorización puede resultar un instrumento útil para ciertos supuestos de ejercicio de funciones públicas por privados. Resulta útil, precisamente, cuando la función pública materia de traslado va tomando características de una actividad económicamente competitiva al materializarse en el plano práctico, y en donde el criterio de subsidiariedad va tomando un poco más de sentido.

Es el caso de la Revisión o Inspección Técnica de Vehículos (ITV), actividad que involucra el ejercicio de autoridad y que hoy es realizada por empresas privadas a nivel nacional. La ITV es, ante todo, una función pública, una responsabilidad directa de la Administración que a su vez constituye una exigencia que deben cumplir todos los administrados que opten por conducir automóviles en el territorio nacional. Sin embargo, esta función pública, para concretarse, se vale de medios que poseen varios componentes de actividad económica, de modo que su naturaleza deambula entre una auténtica función de autoridad y el ejercicio de una actividad económica libre. Y siendo esto así, su operatividad debería estar sujeta a un sistema de habilitación por medio de autorizaciones, y no a través de mecanismos concesionales, que es lo que, desafortunadamente, sucedió en Lima Metropolitana.

3.1.2. Utilidad práctica y económica de la autorización para determinadas funciones públicas: El caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV)

La ITV es una función pública que consiste en la actividad de control de un producto industrial, orientada a la comprobación del buen estado y mantenimiento de los requisitos técnicos necesarios para la consecución de la eficacia mecánica en ellos prevista, evitando daños o riesgos a personas, o a otros bienes jurídicos protegidos⁶⁵³. Se trata del ejercicio de una potestad pública por parte de la autoridad administrativa y que se integra en las funciones de policía de la Administración con el fin de garantizar la seguridad vial. La ITV no se limita a una simple comprobación del estado técnico de

⁶⁵⁰ Ídem.

⁶⁵¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 79.

⁶⁵² GALÁN GALÁN, Alfredo. "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración". En: *Anuario de Derecho Municipal*. Madrid, N° 2, 2009, pp. 89.

⁶⁵³ CANALS I AMETLLER, Dolors. *Op.Cit.*, pp. 160.

un producto industrial, sino que tiene por objeto último la obtención, por parte del sujeto titular del vehículo, de un certificado de naturaleza “autorizativa”, que le habilitará para seguir utilizando su automóvil bajo los estándares de ley⁶⁵⁴.

En el Perú, esta actividad tiene su origen como una función pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, “MML”) en virtud de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, la cual estipula en el numeral 7.6 de su artículo 161 que la MML es competente, en materia de transporte, para verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores, a través de revisiones técnicas periódicas. Así, con fecha 09 de junio de 2003 se emitió la Ordenanza N° 506-MML, a través de la cual se estableció la obligatoriedad de las revisiones técnicas a vehículos de transporte particular y público en la Provincia de Lima. Esta exigencia sería concretada mediante la participación de instituciones públicas o privadas, previo proceso de selección a cargo de la Dirección Municipal de Transporte Urbano, que realicen la actividad de inspeccionar a los vehículos bajo el ámbito de aplicación de la ordenanza.

Bajo este contexto, con fecha 24 de agosto de 2004 la MML, a través del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada, emitió la Resolución N° 01-2004-MML/CEPRI LIMA, mediante la cual se adjudicó al Consorcio IVESUR S.A. – LIDERCON la concesión de la ejecución de la infraestructura de las Plantas de Revisiones Técnicas y la explotación del servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana, por un plazo de dieciséis (16) años, renovables por cinco (5) años hasta el máximo de treinta y dos (32) años.

Al respecto, no nos resulta entendible por qué la MML decidió entregar en concesión la exclusividad de esta actividad sobre la cual no existe norma legal que la declare un servicio público –sea a nivel nacional o si quiera local. Tampoco el porqué dispuso una “entrega en concesión de la ejecución de la infraestructura”, si la misma resolución indica que le corresponde al concesionario la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las Plantas que, de por sí, serían bienes propios del operante bajo un sistema de libre habilitación y competencia.

Pese a este primer cuestionamiento, con fecha 19 de setiembre de 2004, la MML emitió la Ordenanza N° 694-MML, mediante la cual se reguló el procedimiento técnico y administrativo del Sistema de Revisiones Técnicas Vehiculares y el funcionamiento de las Plantas de Revisiones Técnicas en Lima Metropolitana. El artículo 3 de la referida norma estableció que el servicio de revisiones técnicas sería realizado “conforme a lo dispuesto en dicha norma y “el Contrato de Concesión suscrito con la entidad revisora”. A consecuencia de esta última referencia, la entonces Comisión de Acceso al Mercado (CAM) de INDECOPI (hoy, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas “CEB”) inició un procedimiento de oficio contra la MML (Expediente N° 000101-2007/CAM) por la existencia de barreras burocráticas materializadas en la Ordenanza N° 694-MML en la medida en que, por vía de la remisión expresa al Contrato de Concesión, la actividad de revisiones técnicas de vehículos estaría siendo realizada en exclusividad.

⁶⁵⁴ Al respecto, Canals cita una serie de jurisprudencias del Tribunal Supremo Español (Sentencia de 13 de octubre de 1997 y Sentencia de 7 de mayo de 1999), en donde se señala que la ITV es una función pública soberana, dirigida a garantizar el efectivo cumplimiento de las exigencias técnicas sobre seguridad en materia de vehículos a motor. En: *Ibidem*, pp. 166-169. Asimismo, como bien indica Fernández Ramos, en esta actividad no es la Administración la que decide y el particular el que ejecuta materialmente dicha decisión, sino que es la entidad privada la que, legitimada por el conocimiento de la técnica, declara la conformidad o no a la legalidad de la actividad sujeta a control, y es la Administración la que ejecuta en consecuencia, por ejemplo, concediendo o renovando la correspondiente autorización. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 532.

La MML indicó, durante el referido procedimiento, que la función de controlar y verificar el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas no es una actividad económica que esté sujeta a las reglas del mercado, sino una función pública exclusiva de la MML. De modo que, al tener autonomía funcional y personería jurídica propia, ella podría decidir prestar el servicio directamente o a través de un concesionario.

Asimismo, la MML argumentó que todos los agentes económicos que lo deseen podían seguir instalando talleres o plantas y que todos los propietarios de vehículos responsables podían contratar voluntariamente sus servicios para examinar sus vehículos sin que existan barreras burocráticas. La MML indicó que la CAM habría interpretado incorrectamente el artículo 3 de la Ordenanza N° 694, en la medida en que la referencia a que las revisiones “se brindarán conforme al contrato de concesión” debía interpretarse sólo en cuanto a las exigencias técnicas que éste establece.

La CAM, por el contrario, señaló que resulta irrelevante que otras empresas puedan ofrecer servicios de revisiones mecánicas no oficiales, pues solamente una empresa se encuentra habilitada a realizar las revisiones técnicas vehiculares obligatorias, que sería un mercado distinto al mercado de talleres en general. A su vez, indicó que la Ordenanza N° 694 sí incorpora el beneficio de exclusividad del concesionario, toda vez que su texto no establece que solamente se incorporen algunas condiciones del contrato de concesión, de modo que, en atención al principio de legalidad, no se podría interpretar lo contrario. Señala la CAM que la MML no creó un sistema para que otros competidores puedan brindar el mismo servicio, sino que se limitó a entregar en concesión la actividad a una sola empresa.

La CAM, si bien reconoce que la ITV constituye una función pública por tratarse de la verificación del funcionamiento de los vehículos del parque automotor (responsabilidad de la Administración de habilitar a quienes cumplan con determinados estándares técnicos para atender al interés público), y por lo mismo, no implicaría una actividad de contenido económico, el *medio* para implementar dicha función, es decir, el servicio de revisiones técnicas, sí lo sería. En otras palabras, la CAM distinguió acertadamente entre los medios que concretizan la función pública en el plano práctico, de la función pública en sí misma. Para este caso, la función pública es la obligación de la Administración de fiscalizar y garantizar que los autos que circulen cumplan con determinados estándares técnicos, para así atender a fines públicos de calidad ambiental y seguridad industrial; mientras que el *medio* para materializar esta función es la correspondiente actividad de revisión técnica a cargo de entidades especializadas.

El deber de fiscalización-habilitación de la MML no posee un contenido económico, pero los *medios* bajo los cuales se concretiza dicho deber sí lo tienen, pues se trata de actividades técnicas, de servicios que, si bien llevan un componente de ejercicio de autoridad, se pueden prestar en un sistema de libre mercado, claro está, bajo estrictos mecanismos de reglamentación por parte de las autoridades competentes. Por ende, es diferente la función pública respecto de la actividad económica a través de la cual se ejerce. Ejemplo claro de ello es el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), en donde el Estado tiene la función pública de regular el tránsito vehicular, y uno de los mecanismos a través de los cuales ejerce dicha función es mediante el SOAT. Así, al crearse este seguro, el Estado crea también una actividad económica (la venta de seguros), dándose espacio a la libre concurrencia de ofertantes y demandantes, de modo que, si el Estado obligara a los conductores a comprar ese seguro a una sola aseguradora, crearía un monopolio ilegal⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Resolución N° 0013-2008/CAM-INDECOPI - Expediente N° 000101-2007/CAM.

En consecuencia, mediante Resolución N° 0013-2008/CAM-INDECOPI (Expediente N° 000101-2007/CAM), la CAM decidió declarar que la Ordenanza N° 694-MML establece una barrera burocrática al libre ejercicio de la actividad de ITV, toda vez que se estaría dando la exclusividad a una sola empresa para que realice dicha actividad mediante una concesión, generándose así un monopolio ilegal. Luego, con fecha 16 de mayo de 2008 se emitió la Ley N° 29237 (y su correspondiente Reglamento por medio de D.S. N° 025-2008-MTC), la cual creó el Sistema de Inspecciones Técnicas Vehiculares. Esta norma estableció la obligatoriedad de que los automóviles cuenten con revisión técnica ya no solo dentro de Lima Metropolitana, sino a nivel nacional, en todo el territorio peruano, reconociéndose al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) como el ente rector de la materia.

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

Sobre la base de ello, la ITV pasó de ser una mera obligación de la MML a nivel metropolitano, a ser un auténtico deber y responsabilidad sectorial del MTC con alcance nacional. Asimismo, se dejó en claro que dicha actividad sería ejercida bajo un sistema de autorizaciones, es decir, en libertad de mercado en función de libres ofertantes y demandantes. Pese a ello, los problemas persistieron, toda vez que las autoridades sectoriales de esta actividad mantuvieron una concepción “exclusiva” de la ITV, principalmente por la existencia del contrato de concesión entre la MML y el Consorcio IVESUR S.A. –LIDERCON (en adelante, “LIDERCON”).

Así, con fecha 04 de septiembre de 2015, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB), anteriormente CAM, emitió la Resolución N° 0368-2015/CEB-INDECOPI, mediante la cual se pronunció sobre la denuncia presentada por la empresa Revisiones Técnicas del Perú S.A.C. contra el MTC, por la comisión de una barrera burocrática. En concreto, el MTC habría rechazado la solicitud de la referida empresa para obtener la autorización de ITV en Lima Metropolitana al amparo de la Ley N° 29237; excusándose en la existencia del vigente y exclusivo contrato de concesión con la empresa LIDERCON.

El MTC señaló que, según la Primera Disposición Final de la Ley N° 29237, se reconoce expresamente que las personas jurídicas que hayan celebrado contrato de concesión al amparo de otras normas en materia de revisiones vehiculares antes de su vigencia, podrían continuar realizando sus prestaciones de forma exclusiva en virtud de su contrato de concesión.

No obstante, la CEB señaló que la Ley N° 29237 no establece ningún supuesto de excepción mediante el cual se pueda entender que sus disposiciones son supletorias a los contratos celebrados con anterioridad, de modo que, en aplicación del Principio de Legalidad, el MTC debió respetar lo señalado en la referida ley, y de esta manera, aprobar la solicitud de autorización de la empresa Revisiones Técnicas del Perú S.A.C., previa constatación del cumplimiento de los requisitos legales correspondientes. En consecuencia, la CEB decidió declarar que el impedimento de contar con una autorización para operar un Centro de Inspección Técnica Vehicular en la ciudad de Lima, sobre la base de la existencia de una cláusula de exclusividad en el contrato de concesión suscrito entre la MML y LIDERCON constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal.

Muy a pesar de los pronunciamientos de INDECOPI, los problemas relacionados a esta materia continúan hasta el día de hoy. Las empresas de ITV habían empezado a operar en Lima en los últimos años en virtud del sistema de autorizaciones de la Ley N° 29237. Empresas como FARENET e incluso la misma Revisión Técnica del Perú S.A.C. (RTP SAC) prestaban servicios en la jurisdicción de Lima Metropolitana además de la Provincia Constitucional del Callao (en donde no aplica la exclusividad del referido contrato de concesión), todo ello en un ambiente de legítima competencia.

No obstante, con fecha 19 de enero de 2017, el 13° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima emitió una medida cautelar que ordena cerrar dos plantas de empresas competidoras (uno de FARENET y el otro de RTP SAC⁶⁵⁶). Dicha resolución ordena, a su vez, que el MTC deje sin efecto todas las resoluciones que autorizan a otras empresas a operar plantas de revisión en Lima. Todo ello, debido a que, según la jueza, se estaría vulnerando el contrato de concesión entre el MTC y LIDERCON⁶⁵⁷.

Como se puede apreciar de todos los datos anteriormente señalados, la actividad de ITV está sumamente ensombrecida por actuaciones irregulares por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Si bien la ITV es una función pública (y como tal, en principio carente de un contenido económico), los *medios* a través de los cuales se expresan sí son actividades económicas concretas, toda vez que el deber de inspección vehicular de la Administración se materializa en una actividad técnica de servicios, la cual es susceptible de ser ejercida en virtud de la libre iniciativa privada. De hecho, mientras exista mayor competencia en cuanto a la prestación de dicho servicio, se obtendría mejores resultados en cuanto eficiencia, precios, calidad y niveles de cumplimiento de la normativa aplicable, toda vez que el monopolio por parte de una sola empresa impide la maximización de los esfuerzos por atraer la demanda –de por sí obligatoria- del servicio⁶⁵⁸.

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

Es por ello que, pese a las afirmaciones de algunos autores en nuestro país⁶⁵⁹, consideramos que la ITV, como función pública que se materializa en una actividad económica, debe regirse por un sistema de autorizaciones. Pero no sólo ello, sino que, como se verá más adelante en este capítulo,

⁶⁵⁶ Consulta 03 de febrero de 2017: <http://larepublica.pe/impresa/sociedad/844343-juzgado-le-devuelve-lidercon-exclusividad-de-revisiones-tecnicas>

⁶⁵⁷ Se tiene previsto que, ante esta medida, las empresas afectadas realicen las acciones legales correspondientes en sede judicial, no habiendo un recuento final sobre esta controversia al término de esta investigación.

⁶⁵⁸ Así, por ejemplo, muchas personas de Lima Metropolitana deciden no optar por el servicio de la empresa LIDERCON y prefieren irse a la Provincia Constitucional del Callao para adquirir el servicio de la empresa FARENET, o incluso de otras empresas en las afueras de la ciudad.

⁶⁵⁹ Por ejemplo, en relación al caso LIDERCON, Giancarlo Vignolo señala que la ITV se configura como una función pública cuya gestión indirecta únicamente podría haberse entregado a un privado a través de la aplicación de la técnica de la delegación administrativa de potestades por medio de un convenio de encargo de gestión. Es decir, mediante la aplicación de la delegación del artículo 76 del TUO de la LPAG sumado al mecanismo del encargo de gestión del artículo 80 de la misma norma. Argumento el cual rechazamos por las imprecisiones normativas, teóricas y prácticas que serán abordadas en las siguientes secciones de este capítulo. Revisar: VIGNOLO, Giancarlo. “La solución al caso LIDERCON: el correcto uso de la delegación administrativa”. En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 107.

dicho sistema de autorizaciones debe estar revestido de un componente previo que tutele la función pública comprometida. Es decir, para garantizar que la función pública de ITV sea adecuadamente realizada, y atendiendo a que no se trata de cualquier actividad libre común y corriente (como sería, por ejemplo, la habilitación para abrir un restaurante), en la medida en que ve comprometido el ejercicio de potestades de autoridad técnico-decisoria; es importante que los operadores estén debidamente calificados para ello.

Y en este sentido, dicha calificación de la especialidad y competencia técnica de los eventuales operadores se puede conseguir mediante un sistema de acreditación previa a la autorización correspondiente, lo cual será mejor abordado en las últimas secciones de este capítulo. Lo que sí se puede afirmar en esta sección, es que el caso de las ITV debe canalizarse no a través de un sistema de concesiones, como sucedió con LIDERCON, sino a través de un sistema de autorizaciones por tratarse de funciones públicas con manifestaciones de actividad económica⁶⁶⁰. Y con ello, concluimos señalando que, si bien la autorización no es un mecanismo que traslade funciones públicas de *poder* o de *autoridad* a los particulares, ciertas funciones públicas podrían valerse de este instrumento por su utilidad práctica y económica debido a los *medios* a través de los cuales se expresan.

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

3.2. Sobre la concesión administrativa

Cuando se ha pretendido identificar los mecanismos a través de los cuales se plasma un real traslado de las funciones del Estado a los particulares, usualmente se ha direccionado la atención al clásico mecanismo de la concesión administrativa. Sucedió en el caso LIDERCON, en el que, como vimos, se aplicó un sistema de concesiones para una actividad que, si bien es función pública, debió manejarse a través de un sistema de libre competencia mediante autorizaciones, por sus características de actividad libre.

La concesión es un mecanismo comúnmente utilizado para la habilitación de empresas privadas operadoras de centros penitenciarios. Este caso peculiar, adelantamos, justifica la presencia del instrumento concesional por la existencia de infraestructuras públicas que implican, además de su gestión, el diseño, construcción y mantenimiento de la misma; así como por la presencia de ciertas características bastante relacionadas a los monopolios naturales y subaditividad de costos, aspectos mejor regulados bajo mecanismos concesionales, como se verá luego.

Sin embargo, haciendo un paréntesis a los argumentos prácticos y económicos que justificarían la presencia del mecanismo de la concesión en algunos supuestos de EPCA; y como bien se pregunta

⁶⁶⁰ Como bien advierte Fernández Ramos, la imposición de un régimen concesional en esta materia (ITV) no puede ya considerarse como una mera cuestión de auto-organización de la Administración, confiada a su discrecionalidad, sino que constituiría una inequívoca medida restrictiva de la libre circulación de servicios. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 529.

Fernando López Ramón⁶⁶¹, *¿sirve la llamada técnica concesional para controlar debidamente el ejercicio de funciones públicas por particulares?* Como explica Canals, los planteamientos tradicionales de la colaboración privada en las tareas públicas han venido centrándose en dos perspectivas de este fenómeno; por una parte, en la gestión privada de servicios públicos, mediante el clásico instrumento de la concesión administrativa, y por otra, en la encomienda de parcelas de interés público a instituciones privadas a través de múltiples modalidades que han desbordado el marco de la concesión⁶⁶². Al respecto, indica la referida autora:

Por el reconocimiento de la utilidad pública de determinadas actividades privadas, las empresas y organizaciones colaboran con la Administración más allá de la estricta gestión de servicios públicos económicos. Con ello, la concesión administrativa pasa a ser una de tantas formas de colaboración de los particulares con el Estado.⁶⁶³

Puede apreciarse que, dentro de la relación que se plantea entre concesión administrativa y colaboración de los particulares, se van presentando algunas contra-respuestas teóricas que pretenden poner en debate la preponderancia de dicho mecanismo legal para la conducción de las diferentes formas de colaboración privada en las actividades de interés público. A nuestro criterio, sostenemos que la utilización de la concesión para dichos supuestos no es del todo correcta de acuerdo a fundamentos estrictamente teóricos, y que se vinculan a la misma naturaleza jurídica y regulación normativa de dicho instrumento, de modo que resulta indispensable iniciar este análisis a partir de la revisión conceptual de esta institución.

3.2.1. Definición y naturaleza jurídica de la concesión administrativa

Desde una óptica multidisciplinaria y general, podemos señalar que la concesión es, ante todo, una operación económica que implica la participación del Estado y de la empresa privada para la realización de un proyecto de alta rentabilidad social y económica. En esta línea, Ruiz Ojeda ha señalado que la concesión *es un contrato de empresa*, en el que el núcleo definidor es la asignación de riesgos a las partes hecha de manera variable según las circunstancias de cada caso⁶⁶⁴. Dentro del plano jurídico, la definición se hace mucho más compleja, pero a su vez enriquecedora.

En nuestros términos, podemos resumir que la concesión constituye un título habilitante mediante el cual un agente privado adquiere el derecho para desarrollar una obra, prestar un servicio público, o explotar un bien de titularidad del Estado, creándose con ello una operación económica sometida a un régimen jurídico específico. Esta es una visión en exceso resumida sobre el contenido de esta figura administrativa, pues esconde dentro de sí toda la complejidad y debate que gira en torno a la definición y naturaleza misma de este mecanismo, sobre lo cual la doctrina no ha sido pacífica y el marco legal muchas veces ha resultado impreciso y confuso.

Queda claro que la concesión es un título habilitante que permite a un particular realizar una actividad sobre la cual, inicialmente, no podía vincularse libremente por su propia iniciativa, toda vez que ésta es de titularidad estatal y por lo mismo se encuentra separada (retirada) del libre mercado, afirmación que es reconocida también por el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia recaída en el Exp.

⁶⁶¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas". En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid, N° 243, 1989, pp. 572.

⁶⁶² CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 269.

⁶⁶³ *Ibidem*, pp. 271.

⁶⁶⁴ RUIZ OJEDA, Alberto. *La Concesión de Obra Pública*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, pp. 265.

Nº 2226-2007-PA/TC, del 26 de noviembre de 2007⁶⁶⁵. ¿Pero cuál es exactamente la naturaleza jurídica este título habilitante?

Adelantamos que, en nuestra opinión (apoyada en una buena parte de la doctrina), la concesión es un tipo de contrato administrativo regulado por el Decreto Legislativo Nº 1224 y su reglamento, y que se delimita de otras modalidades⁶⁶⁶ contractuales utilizadas por la Administración como los contratos públicos de adquisición de bienes y servicios (LCE), los Contratos Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica (Ley Nº 27342), los Contratos para la disposición de bienes del Estado, los Convenios Interadministrativos, los Convenios Financieros del Estado, y los Contratos de Personal.

Se trata una de las tantas formas a través de las cuales se expresan los contratos administrativos, delimitado por sus elementos específicos para actividades igualmente específicas (bienes de dominio público, servicios públicos e infraestructuras públicas). A continuación, exponemos los argumentos por los cuales consideramos a la concesión como un contrato administrativo. La doctrina ha expuesto hasta cuatro teorías en torno a la naturaleza jurídica de la concesión⁶⁶⁷: i) Una primera teoría es la que considera a la concesión como un **acto unilateral** del Estado; ii) Una segunda que considera a la concesión como un **contrato de derecho privado**; iii) Una teoría que describe a la concesión como un **contrato administrativo mixto o ecléctico**; iv) Y una última teoría que considera a la concesión como un **contrato administrativo en estricto**. De este modo, podemos ver que en torno a la naturaleza jurídica de esta figura la corriente ha estado orientada a definirla en tres bloques principales (acto unilateral, contrato privado, y contrato administrativo) que abarcan cuatro teorías concretas.

La primera teoría, del acto unilateral, señala que la concesión constituye una decisión unilateral⁶⁶⁸ de la Administración destinada a crear un derecho en el destinatario, que se agota en el acto y que no genera una relación jurídica de continuidad o tracto sucesivo en el tiempo⁶⁶⁹. Sobre esta teoría, Otto Mayer ha indicado que la concesión es siempre un acto constitutivo de derecho por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una parte de la Administración⁶⁷⁰. Zanobini señaló que se trata de un acto que tiene por objeto conferir, a una o más personas extrañas a la Administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos⁶⁷¹. Cabe señalar que esta postura parecería encontrar su contrapartida en la teoría del “acto administrativo bilateral” de los contratos públicos. Dentro de las teorías de la naturaleza jurídica de los contratos⁶⁷² públicos o administrativos (más allá de la

⁶⁶⁵ Sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por Bureau Veritas/Bivac y Cotecna Inspection S.A. contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta. Ver fundamento 15 de la resolución.

⁶⁶⁶ MARTIN TIRADO, Richard. “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”. En: *Asociaciones Público-Privadas - Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, Nº 13, 2013, pp. 353.

⁶⁶⁷ VARGAS FRITZ, José Fernando. *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago: La Ley, 1997, pp. 55 y ss.

⁶⁶⁸ BLANQUER CRIADO, David. *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 643.

⁶⁶⁹ Como indica Villar Palasí, la doctrina que sostiene la unilateralidad parte de la imposibilidad de que exista un contrato de Derecho público, fundamentando su tesis en la desigualdad de poder entre las partes, y en ser las funciones o los bienes que son objeto de la concesión extra commercium; asimismo, en estar predeterminados respecto al concesionario los contenidos de sus derechos y obligaciones; en la inexistencia de libre competencia contractual por el régimen de monopolio regalístico de la Administración en el otorgamiento concesional; y finalmente en la quiebra del principio general de *lex contractus*, por la presencia de fuertes poderes exorbitantes en favor de la Administración. En: VILLAR PALASÍ, José Luis. *Concesiones Administrativas, voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV*. Barcelona: Francisco Seix Editor, 1952, pp. 703.

⁶⁷⁰ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Arayu, 1951, pp. 172.

⁶⁷¹ ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1954. Cita original de: ZEGARRA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”. En: *Revista Thémis*. Lima, Segunda Época, Nº 39, 1999, pp. 101.

⁶⁷² El profesor Baca ha señalado que, en torno a la naturaleza jurídica de los contratos públicos en general, se han vertido tres teorías específicas: i) La teoría del “acto administrativo bilateral”, que señala que, así como los contratos entre privados son actos jurídicos bilaterales, los contratos públicos son actos administrativos bilaterales; ii) La teoría

concesión) existe una vertiente que vincula al contrato público como un “acto administrativo bilateral”⁶⁷³.

Independientemente de ello, la teoría de la concesión como acto unilateral ha ido siendo descartada por la introducción de las teorías contractuales, que dan mayor importancia a la voluntad del concesionario en formar parte de una relación bilateral libre y no coaccionada con la Administración⁶⁷⁴. Así, según la segunda teoría, del contrato civil, se ha señalado que la concesión constituiría un contrato puro y simple de naturaleza privada regido por el código civil. Según ésta, el contrato no puede estar relacionado al poder público. Por ello, existiendo contratos en los que la Administración es parte, éstos deberían tener necesariamente una naturaleza civil, toda vez que el poder público implica la posibilidad de producir efectos jurídicos de manera unilateral, lo cual sería contraria a la naturaleza libre y concertada del contrato.

En su momento, Boquera Oliver sostuvo dicha teoría⁶⁷⁵ al señalar que, en la medida en que contrato y poder público constituían elementos excluyentes entre sí, todos los contratos debían ser necesariamente figuras del derecho privado. Al respecto, indicó que (...) *La persona con capacidad administrativa y privada, si contrata, no ejercita poder administrativo y si ejercita poder administrativo, no contrata. (...) Poder público y contrato son dos realidades que se excluyen*⁶⁷⁶. Sin embargo, esta teoría también está descartada hoy en día, en la medida en que resulta jurídicamente inviable someter al derecho privado todas las implicancias, elementos y relaciones exclusivas del derecho público⁶⁷⁷. La concesión, en tanto herramienta de los poderes públicos, no puede ser identificada como un simple instrumento privado pues ello resulta incoherente con el carácter público del objeto.

De este modo, la teoría del contrato administrativo es la que hoy en día prevalece de manera general. Pese a ello, dicha teoría tiene una doble vertiente, en la que encontramos por un lado la teoría del contrato mixto, y por el otro la del contrato único e indivisible. La teoría del contrato mixto reconoce el carácter público del contrato de concesión, pero advierte la existencia de dos ámbitos escindibles

del “acto separable”, que distingue entre el contrato y los actos administrativos separables de éste. Dentro de esta teoría se encuentra el enfoque francés, que señala que los vicios del acto no inciden en el contrato, y viceversa, de modo tal que la eventual nulidad del acto administrativo no implica la nulidad del contrato; y se encuentra también el enfoque español, que señala que la anulación de los actos separables traería consigo también la anulación del propio contrato, porque mediante los primeros se perfecciona el segundo; y, iii) La teoría del “contrato que nace de acto unilateral”, la cual postula la unidad de la figura contractual, en la que existe un acto administrativo unilateral en su emisión pero contractual en sus efectos. Según esta teoría, el contrato derivaría de un acto administrativo unilateral, el cual no es separable de aquel, existiendo unidad en la figura. Revisar: BACA ONETO, Víctor. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. En: *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 48, 2014, pp. 272-279.

⁶⁷³ Esta última postura es criticada, precisamente por el hecho de que los actos administrativos serían siempre de carácter unilateral. Atendiendo a ello, la concesión únicamente podría ser considerada, desde este enfoque, como un administrativo unilateral y no bilateral. Sin perjuicio de ello, se ha señalado que existirían determinados supuestos de actos administrativos bilaterales, en los cuales media la voluntad del destinatario plasmada en la aceptación de los efectos jurídicos del acto, como sería, según se indica, el caso de la designación de funcionarios públicos. Revisar: HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Propuesta de una interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, N° 9, Año 5, 2010, pp. 128.

⁶⁷⁴ Como señala Marienhoff, “no se conoce ejemplo de concesión de servicio público a la cual el concesionario haya sido compelido, llevado por la fuerza, violentamente obligado. Admitir que ella pueda surgir de ese modo es desconocer todas las conquistas de la libertad individual y seguridad humana”. En: MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-B*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, pp. 593.

⁶⁷⁵ No obstante, advierte el profesor Baca que la posición de Boquera Oliver varió en los últimos años, a partir de la aprobación en España de la ya derogada Ley 13/1995, asimilándose hoy en día con la de quienes sostienen la teoría de los actos separables de los contratos públicos. En: BACA ONETO, Víctor. *Op.Cit.*, pp. 273.

⁶⁷⁶ BOQUERA OLIVER, José María. *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pp. 30.

⁶⁷⁷ MARIENHOFF, Miguel. *Op.Cit.*, pp. 594

dentro de éste, o, en otras palabras, dos situaciones jurídicas presentes –de manera simultánea- en el contrato: una “legal o reglamentaria” y otra “contractual”. La situación legal o reglamentaria, se dice, tendría por objeto regular el servicio, mientras que la situación contractual estaría referida al contenido económico y comercial de la concesión⁶⁷⁸. En virtud de esta teoría, Duguit señaló que la concesión es el acto por el cual una colectividad pública encarga a un particular asegurar el funcionamiento de un servicio público, y que contiene un elemento contractual y un elemento reglamentario de interés para los terceros⁶⁷⁹.

La teoría del contrato mixto es asumida también por el profesor Zegarra Valdivia, el cual considera, de manera justificada, que la teoría del acto mixto o de doble configuración jurídica concibe, por un lado, una *faz que consiste en un acto de poder público que se refiere al aspecto legal y reglamentario de la concesión; y por otro lado, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario*⁶⁸⁰. De la misma manera, el profesor Martín Tirado considera que *la concesión tiene una naturaleza compleja, en la medida en que posee un contenido contractual y uno reglamentario que se incorporan al contrato*⁶⁸¹.

Sin embargo, debemos discrepar de esta postura debido a que, consideramos, el contrato de concesión no puede tener una doble situación jurídica, reglamentaria y contractual. Ello se debe a que, en virtud del contenido mismo de este contrato público, que es la atención de un interés público directo, se explica y justifica la aplicación de un régimen legal específico para la realización de la actividad concesionada, que se armoniza con los deberes y derechos contractualmente regulados, sin formar con ello un ámbito escindible de éste y sin generarse así una doble situación jurídica, sino una sola: la situación contractual pública.

En ello radica, precisamente, la teoría del contrato administrativo en estricto. Como señala Bercaitz, lo que existe en este contrato público no son dos situaciones jurídicas, sino dos tipos de cláusulas: las relativas a la prestación del servicio o ejecución de la obra, y las relativas exclusivamente al interés económico del contratante. Las primeras serían típicamente reglamentarias y mudables, mientras que las segundas serían inmutables, pero todas estas cláusulas serán siempre contractuales⁶⁸². En la misma línea, Cassagne ha señalado que la teoría del contrato administrativo *stricto sensu* tiene naturaleza contractual en todos sus aspectos, y la denominada situación legal o reglamentaria tiene su razón de ser en las consecuencias de la sumisión del concesionario a la potestad reglamentaria del concedente, que deriva precisamente del carácter administrativo del contrato de concesión⁶⁸³.

Por su parte, Marienhoff, de manera drástica, ha descartado tajantemente la concepción de una doble situación jurídica en el contrato de concesión. Señala el autor que la concesión es un contrato administrativo de estructura homogénea y única, contractual en todos sus aspectos y contenido⁶⁸⁴. Es contractual en todo su ámbito, lo cual en nada obsta a que la Administración introduzca las modificaciones que juzgue necesarias, dentro de los límites.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, pp. 596.

⁶⁷⁹ DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, pp. 227.

⁶⁸⁰ ZEGARRA, Diego. *Op.Cit.*, pp. 103.

⁶⁸¹ MARTÍN TIRADO, Richard. “Los Procesos de Promoción de la Inversión Privada y la incertidumbre del inversionista ante las decisiones erráticas del Estado peruano (Primera parte)”. En: *Revista Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, N° 198, 2010, pp. 197.

⁶⁸² Como señala el autor, “algunas cláusulas se referirán a la forma en que el servicio debe organizarse y prestarse, asegurando su regularidad, su continuidad, su generalidad y su uniformidad; otras, a las sanciones que en su defecto pueden aplicarse; otras, en fin, al beneficio de orden económico-financiero que el concesionario puede obtener como consecuencia de la explotación del servicio concedido”. En: BERCAITZ, Miguel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2° ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, pp. 634-635.

⁶⁸³ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp. 155.

⁶⁸⁴ MARIENHOFF, Miguel. *Op.Cit.*, pp. 597.

En este sentido, las consecuencias que se pretenden derivar de la llamada parte reglamentaria o legal no son otra cosa que *corolarios lógicos del carácter administrativo de la concesión*, que por ser tal conlleva la posibilidad de que la Administración, en ejercicio de sus prerrogativas, introduzca las modificaciones que juzgue conveniente. Finaliza Marienhoff señalando que, en efecto, *es inaceptable e inconcebible que, como consecuencia de un acuerdo de voluntades, una persona, además de quedar colocada en una situación contractual, quede asimismo colocada en una situación legal o reglamentaria. (...) la vigencia de la ley o del reglamento no depende la voluntad de los administrados, sino del imperium que posee el Estado*⁶⁸⁵.

De este modo, podemos notar que la concesión es un contrato administrativo en estricto (dentro de la categoría genérica de los contratos administrativos), de naturaleza pública, pero contrato al fin y al cabo, y es esta la posición que, consideramos, prevalece en la doctrina comparada, pudiendo destacarse, entre otros, a Florián, Altamira Gigena, Fanelli Evans y Mertehikian⁶⁸⁶. El contrato de concesión contiene cláusulas reglamentarias y comerciales, que forman un todo inseparable dentro de este instrumento. Como indica Álvarez-Gendín, la concesión es una modalidad de los contratos públicos. Es un derecho otorgado por la Administración a un particular o empresa, con la obligación de ésta de realizar o prestar algún objeto o algún servicio público de la incumbencia propia de aquella⁶⁸⁷.

En efecto, el contrato de concesión es complejo, pero ello no implica que éste genere una doble situación jurídica. Como bien advierte Vargas Fritz, *el contrato de concesión es un instrumento jurídico complejo, que comprende elementos dinámicos flexibles a la voluntad social y elementos estáticos o de intereses patrimoniales del concedente y concesionario*⁶⁸⁸.

3.2.2. La concesión según el ordenamiento jurídico peruano

Ahora, si bien la doctrina define a la concesión como un contrato administrativo, es menester revisar qué definición puede obtenerse sobre este instrumento a partir del marco legal vigente de nuestro país. Al obviar la concesión referida los bienes de dominio público, podemos advertir que la concesión es un instrumento que inicialmente tuvo una regulación normativa dispersa en diferentes normas sectoriales.

Antes de que la diferente normativa vinculada a la concesión sea recogida sistemáticamente en un solo cuerpo legal, teníamos normas diversificadas como el Decreto Legislativo N° 757, que dictó Normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos; su

⁶⁸⁵ *Ibidem*, pp. 596-599.

⁶⁸⁶ Partiendo de la figura de la concesión de obra pública, para Florián, la concesión es un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un tercero, donde éste se obliga a realizar una obra cuyo pago no le será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados. Altamira Gigena, por su parte, señala que La concesión de obra pública es un modo de ejecución de ella, en que la administración pública celebra un contrato administrativo con un administrado para que realice un trabajo determinado. En la misma línea, Fanelli indica que la concesión de obra pública no es sino un contrato administrativo que permite construir una obra pública sin que su dueño sea quien la pague. Y Mertehikian señala finalmente que la concesión de obra pública es el contrato administrativo mediante el cual la administración delega a un particular la construcción de una obra con o sin la obligación de prestar con ella un servicio. Revisar: FLORIÁN, Pablo Federico. *Concesión de Obra Pública*. Buenos Aires: La Ley, 2001, pp. 03; ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. "Algunas consideraciones acerca de la concesión de obra pública". En: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, N° 6, 1991, pp. 05; FANELLI EVANS, Guillermo E. *La Concesión de Obra Pública: La Reforma del Estado (Nueva Legislación)*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1989, pp. 13; y, MERTEHIKIAN, Eduardo. *La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1992, pp. 76.

⁶⁸⁷ ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. "La Concesión y el Contrato de Derecho Público". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Vol. 79, N° 156, 1930, pp. 423-442.

⁶⁸⁸ VARGAS FRITZ, José Fernando. *Op.Cit.*, pp. 110-113.

reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 189-92-PCM; y el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Luego, se resolvió de manera preliminar el problema referido a la diversidad de normas relacionadas al instrumento de la concesión, precisamente, mediante la promulgación de un marco legal unificado que recogiera todas estas disposiciones en una sola norma de carácter general.

Así, mediante la promulgación del (hoy derogado) D.S. N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (en adelante, “TUO de Concesiones”), y su reglamento aprobado por D.S. N° 060-96-PCM (hoy derogado por el Decreto Legislativo N° 1224), se sistematizó toda la normativa vinculada al instrumento de la concesión de servicios públicos y obras. No obstante, el artículo 3 del referido D.S. N° 060-96-PCM, reglamento del TUO de Concesiones, recogió en su momento una definición para el instrumento de la concesión. Así, en su artículo 3, se define⁶⁸⁹ a la concesión como “el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos”.

El referido artículo hace alusión al elemento del acto administrativo como forma mediante la cual se expresa la concesión. No obstante, de una revisión de los artículos 13, 17, 19, 34 y 35 del TUO de Concesiones, se puede apreciar que la norma también hace alusión a una naturaleza contractual de la concesión, lo cual se repite de igual manera en una serie de artículos del reglamento, en los que explícitamente se hace referencia al “contrato de concesión”.

En este sentido, nuestro marco legal optó en su momento por una definición de la concesión como un acto administrativo, implícitamente dando cuenta de una adhesión a la teoría del acto unilateral de la naturaleza jurídica de la concesión. No obstante, la presencia de una serie de referencias al contrato de concesión en la entonces norma marco, da cuenta que la intención de nuestro ordenamiento es darle una calidad contractual a la concesión, y la alusión al “acto unilateral” se debe a la vinculación de la concesión a su etapa procedimental. Cabe recordar que, en el escenario de los bienes de dominio público, como por ejemplo la concesión minera, dicho instrumento sí se limita a un acto administrativo sin la necesidad de una formalización contractual. Sin perjuicio de ello, seguiremos analizando este instrumento desde la óptica de las obras y servicios públicos.

La concesión es un contrato administrativo en estricto. No hay una *doble situación jurídica* (reglamentaria y contractual), sino un solo contrato, pero con cláusulas tanto reglamentarias como comerciales. No obstante, lo que sí puede apreciarse en el contrato de concesión es una diversidad de dimensiones (no de situaciones). Es decir, podemos identificar en la concesión tres ópticas específicas que responden, precisamente, a tres etapas de su consecución.

El profesor Martín Tirado indica que la concesión en el Perú tiene una triple dimensión: i) concesión como procedimiento, ii) concesión como acto, y iii) concesión como contrato⁶⁹⁰ (postura que estaría vinculada a la teoría del acto separable de los contratos públicos⁶⁹¹). No se trata de una triple naturaleza, pues la naturaleza jurídica de cada institución, en principio, es única (y en el presente caso es la de un contrato administrativo), sino más bien de una triple *dimensión, óptica o consideración* en

⁶⁸⁹ Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido. (...).

⁶⁹⁰ MARTÍN TIRADO, Richard. Op.Cit., pp. 198.

⁶⁹¹ Revisar nota a pie de página número 672 de la presente sección.

función a las etapas que debe transcurrir la concesión, desde su formulación como acto de la Administración hasta su formalización en el respectivo contrato con el concesionario.

Sin embargo, la nueva norma de Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo N° 1224), que derogó el TUO de Concesiones y su reglamento, ha optado por definir a la concesión como un acto administrativo, generándose así nuevamente una leve confusión sobre la naturaleza jurídica que nuestro ordenamiento le da a este mecanismo. Así, en el “Anexo de definiciones” del reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por D.S. N° 410-2015-EF, podemos encontrar que la concesión es definida como “el acto administrativo por el cual los Ministerios, Gobierno Regional, Gobierno Local otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado, cuyos derechos y obligaciones están regulados en el respectivo contrato”.

Puede apreciarse que dicha norma define a la concesión como un “acto administrativo”, pero inmediatamente después hace referencia al contrato que formaliza y regula todos los aspectos concernientes a dicho acto. Entonces, debemos entender que la norma ha pretendido hacer alusión a la “triple dimensión” del contrato de concesión anteriormente referida.

No se trata de que la concesión sea un acto administrativo y que por otro lado sea un contrato, sino que la concesión nace de un acto administrativo, y que su contenido, implicancias y régimen es posteriormente formalizado en un contrato de naturaleza pública. Esta postura se encuentra ligada, en efecto a la teoría del “contrato público como relación contractual nacida de un acto unilateral”, la cual postula la unidad de la figura contractual, y que implica un acto administrativo unilateral en su emisión, pero contractual en sus efectos⁶⁹². Por ello, la concesión administrativa es un instrumento que, sostenemos, siempre será de naturaleza contractual, lo cual no desconoce que dicho contrato tenga su origen en un acto administrativo, toda vez que ello se trata sólo de una etapa de dicho instrumento.

3.2.3. Sobre la concesión de función pública

A partir de lo descrito por la doctrina, y de las disposiciones contempladas por nuestro ordenamiento jurídico, podemos identificar que la concesión es un título habilitante (acto administrativo) creador de un derecho en el destinatario privado (concesionario), el cual se manifiesta y formaliza en un contrato de carácter público. Lo que corresponde ahora es determinar por qué consideramos que este instrumento no es susceptible de trasladar auténticas funciones públicas a los particulares desde una visión de la teoría del derecho administrativo.

3.2.3.1. Antecedentes históricos

La denominada “concesión de funciones públicas” tiene uno de sus principales antecedentes teóricos en la magistral obra de Villar Palasí del año 1952 denominada “Concesiones administrativas”, en la cual se formuló una idea “unitaria” de la concesión a partir de una serie de manifestaciones de este instrumento a lo largo del tiempo. Se parte de unas premisas debidamente identificadas. Sucede que, en la tradicional idea francesa, los servicios públicos eran toda función pública del Estado. El sistema del derecho administrativo francés tuvo un clásico desarrollo preponderante de la institución del servicio público, de modo que, en el ideario francés, todo actuar de la Administración pública, toda función de los poderes públicos, era una manifestación del servicio público. En este sentido, el

⁶⁹² BACA ONETO, Víctor. Op.Cit., pp. 276-277. Revisar nota a pie de página número 672 de la presente sección.

derecho administrativo francés se concibió exclusivamente sobre la idea del *service public* como fundamento de todo su Derecho público y de su misma definición⁶⁹³.

En este sentido, el servicio público sería todo lo que debe hacer el Estado, y *la administración casi no tiene otra función ni otro poder que el derivado del servicio público*⁶⁹⁴. Siendo esto así, en el derecho francés la idea del servicio público estaba totalmente identificada con la noción de función pública. Todo servicio público era una función pública del Estado, sin distinción conceptual. Y sobre esto rescata Villar Palasí una expresión de Jèze, quien definió a la función pública como la *création, l'organisation et sopression d'un service public* (es decir, como la creación, organización y eliminación de un servicio público). Se entendería entonces que la concesión de servicio público, según esta idea, supondría la concesión de cualquier actividad del Estado, o en otras palabras, de cualquier función pública, sea ésta de carácter económica o no.

Hoy en día, es claro que la actividad prestacional difiere de la actividad funcional del Estado, y más aún es de todo sabido que el servicio público es sólo un elemento más del derecho administrativo, de modo tal que la postulación de una “concesión de función pública” en virtud de la teoría francesa tendría poco asidero argumentativo por fundamentarse en nociones descontextualizadas. En cambio, el derecho administrativo italiano, a diferencia del francés, no fundó todos sus criterios sobre la noción del servicio público⁶⁹⁵. Tal como señalamos en su momento, los italianos sí diferenciaron las funciones públicas de los servicios públicos. Fue Zanobini quien constató en su momento la necesidad de delimitar la noción de función pública respecto al concepto del servicio público, señalando que la función pública resulta una forma superior de manifestación de la actividad administrativa⁶⁹⁶ que representa una potestad propia del Estado⁶⁹⁷.

En virtud de esta delimitación, los italianos pudieron crear una noción de la concesión sin la necesidad de homogeneizar elementos diferentes entre sí, contrario a lo que sucedía en el derecho francés⁶⁹⁸. La concesión, entonces, tendría en el derecho italiano un perfil que se define de acuerdo a la actividad administrativa de la que se trate. No todo sería concesión de servicio público, pues reconociendo la existencia de otras categorías jurídicas del derecho administrativo, la concesión se debería expandir a otros ámbitos funcionales de la actividad pública.

Luego de tomar en cuenta estas premisas y atender a la formulación de distintas categorías jurídicas sobre las cuales podía recaer el mecanismo de la concesión, Villar Palasí advirtió la necesidad de desarrollar la formulación teórica que unifique, en una noción general, todos los supuestos concesionales de la actividad pública. Es decir, al existir varios supuestos para la creación de concesiones administrativas, dicho autor entendió que era necesario concebir un criterio unificador que englobe todas estas especies en un solo género. Es precisamente este criterio unificador el que nos permitirá explicar los verdaderos fundamentos de la denominada “concesión de funciones públicas”.

⁶⁹³ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Concesiones Administrativas, voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV*. Barcelona: Francisco Seix Editor, 1952, pp. 696.

⁶⁹⁴ Ídem.

⁶⁹⁵ Ídem.

⁶⁹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 135, 1994, pp. 11.

⁶⁹⁷ ZANOBINI, Guido. Op.Cit., pp. 385 y ss. En: ANDRÉS AUCEJO, Eva. *La colaboración social en el procedimiento de recaudación tributaria italiana: el ejercicio privado de las funciones públicas de recaudación tributaria en Italia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2014, pp. 12-13.

⁶⁹⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis. Loc.Cit.

3.2.3.2. La teoría unitaria de la concesión: el traslado de funciones sin poder

Villar Palasí se dio cuenta que todas las concesiones, que por naturaleza serían traslativas⁶⁹⁹ (para el autor, toda concesión implicaría la creación de un derecho y también la asunción de una función), demaniales o de servicios, partían de un mismo género. La concesión administrativa era un género por sí mismo, y todas sus especies estaban vinculadas por un denominador en común y eran formas diferentes de expresar un mismo fenómeno⁷⁰⁰, que era precisamente ese criterio unificador. ¿Cuál fue entonces ese criterio que permitió a Villar unificar todas las concesiones en una noción genérica?

Para el referido autor, todas las concesiones tenían en común un rasgo histórico que las caracterizaba desde el mismo derecho romano, y este era la “transferencia de funciones público-administrativas al privado”. Al respecto, señala el autor:

Esta transferencia de funciones, que no implica en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir unificar la idea, un tanto dispersa, en la normativa actual de la concesión administrativa.⁷⁰¹

Puede apreciarse que, para Villar Palasí, el criterio que une conceptualmente a todas las formas de concesión administrativa es la transferencia de funciones de la Administración al concesionario. En efecto, señala el autor que (...) *el procedimiento concesional consistiría en todos los casos en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, la investidura de una función pública*⁷⁰². En toda concesión, se dice, habría una investidura o transmisión de una función pública en beneficio de los administrados⁷⁰³, manifestándose dicha técnica como *la forma políticamente más intachable y administrativamente más ágil de conseguir el control económico*⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ La doctrina ha distinguido usualmente entre concesiones constitutivas y concesiones traslativas. Al respecto, las concesiones constitutivas se caracterizarían por el hecho de que la capacidad o el derecho atribuido al beneficiario (concesionario) es “creado”, es decir que se conforma a favor del particular, sin que ello importe una transferencia o delegación de derechos o poderes propios de la Administración, manifestándose el poder de ésta precisamente en la creación del derecho. Frente a ello, en el caso de la concesión traslativa, se transfieren derechos o poderes propios de la Administración a los particulares, produciéndose una verdadera relación de sucesión entre el cedente y el cesionario, toda vez que la adquisición de los derechos de éste proviene de una pérdida o limitación de los de aquella. Sobre esto, Villar Palasí señala que la teoría que distingue entre concesiones constitutivas (que no generarían vinculación continuativa funcional pues el poder de la Administración se agota en la creación del derecho) y traslativas, en las que la concesión además de crear un derecho, traslada al concesionario ciertas funciones o poderes de la Administración, es errónea. Señala Villar Palasí que la concesión traslativa debe construirse unitariamente, sin hacer distinciones, y es la legislación y jurisprudencia española la que ha dado muestra de esta necesidad al siempre unificar, en el mismo criterio concesional, la referencia a los servicios públicos a la par de las obras y dominio público. El autor indica que, en ambos casos, concesión de dominio o de servicio público, la Administración crea un derecho transfiriendo al particular concesionario funciones inherentes al Estado. En este sentido, según la óptica de Villar Palasí, no habría mucho sentido en distinguir entre concesiones constitutivas y traslativas, en la medida en que toda concesión implicaría la creación de un derecho y la asunción de una función de la Administración por parte del concesionario, siendo dicha distinción meramente histórica. Asimismo, Matilla Correa advierte que esta distinción no tendría mucho sentido, en la medida en que toda concesión constitutiva es también traslativa. A su parecer, “toda concesión administrativa es traslativa, pues se transfiere al concesionario el ejercicio de derechos sobre una porción de la actividad pública que pertenece en titularidad, inicialmente, a la Administración pública; y a su vez, es constitutiva, pues constituye nuevos derechos para el concesionario”. En: VILLAR PALASÍ, José Luis. Op.Cit., pp. 699-700; VARGAS FRITZ, José Fernando. Op.Cit., pp. 91-94; MATILLA CORREA, Andry. “Concesiones Administrativas”. En: *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano. Jaime Rodríguez Arana y Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.)*; y *María del Carmen Martín-Retortillo (coord.)*. Granada: Editorial Comares – Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, pp. 432. Revisar también: PEDRESCHI GARCÉS, Willy. “Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 4, N° 7, 2009, pp. 252.

⁷⁰⁰ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Op.Cit., pp. 567.

⁷⁰¹ VILLAR PALASÍ, José Luis. Op.Cit., pp. 700.

⁷⁰² *Ibidem*, pp. 687.

⁷⁰³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Loc.Cit.

⁷⁰⁴ VILLAR PALASÍ, José Luis. Op.Cit., pp. 687.

Esta afirmación tiene un sustento histórico que, para Villar, se remonta al “*Privilegia Principis*”, o también entendido como las “daciones” regalísticas del príncipe en el derecho romano. Como se indica, el antiguo poder del príncipe tenía su expresión en el Derecho romano en la facultad de hacer asignaciones de tierras públicas a los súbditos (*datio assignatio*). La titularidad de dichas tierras pertenecía al Estado romano, el cual adoptó como una función primaria la conservación de la propiedad *fundiaría*. En este sentido, la “*datio assignatio*” de estas tierras era considerada como un modo indirecto de explotar el Estado su propiedad, permitiendo un beneficio directo de los súbditos a cambio del pago de un “*solárium*” como canon concesional al estilo actual⁷⁰⁵.

Así, a partir de esta primigenia función, la Administración pública fue pasando, de modo progresivo, a ser titular de otras necesidades públicas. El Estado se va haciendo de cada vez más funciones y necesidades públicas, y correspondientemente se van a aumentando los supuestos de “*datios*” a los súbditos⁷⁰⁶. Conforme las necesidades individuales se van masificando y perdiendo su heterogénea individualidad, se van atribuyendo al Estado más y más funciones, y correlativamente incrementan también los casos de traspaso de tales funciones a manos particulares⁷⁰⁷. No obstante, dicha transferencia de funciones, según indica el mismo autor, no implica necesariamente transferencia de *poder*. Señala Villar que *la traslación de funciones públicas es, pues, lo típico y no la traslación del poder al administrado, del mismo modo que las antiguas “daciones asignaciones” no implicaban asunción del “imperium” por el súbdito.*

Hasta aquí podemos advertir algunas conclusiones de la formulación de Villar Palasí respecto a la idea unitaria de la concesión. El criterio que uniría en un concepto genérico a los diferentes tipos de concesiones (de dominio, de servicios públicos, de obras) sería la traslación de funciones público-administrativas de la Administración al particular. En virtud de la concesión, el concedente le atribuiría al concesionario una serie de funciones propias de aquel, para que éste las realice con el objetivo de ejercer la actividad concesionada.

Este sería el criterio unitario de la concesión administrativa: la efectiva traslación de funciones de la Administración al particular, aspecto que estaría presente en toda concesión sin exclusión alguna. Toda concesión, entonces, implicaría un traslado de funciones de la Administración para que respectivamente se desarrollen actividades de explotación de bienes, prestación de servicios públicos o ejecución de obras. A su vez, se desprende también de la idea de Villar que existiría una diferencia entre funciones públicas o administrativas y *poder*. Para este autor, si bien el traslado de funciones es la idea central que caracteriza a las concesiones administrativas, dicho traslado no implicaría necesariamente una transferencia de *poder* al concesionario. Como bien indica: (...) *esta transferencia de funciones, que no implica en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir unificar la idea*⁷⁰⁸ de la concesión administrativa.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, pp. 700.

⁷⁰⁶ *Ídem*.

⁷⁰⁷ A partir del siglo III se extiende en el Imperio Romano la práctica de las hospitalidades o “*ius hospitalatis*”, mediante las cuales se concedían tierras fronterizas, primero a soldados y después a tribus bárbaras, a cambio de que defendieran las “*limes*” o límites del Imperio. Es decir, esa figura acarreaba la delegación o encomienda a un tercero del ejercicio de funciones públicas. Por ejemplo, el asentamiento en la península ibérica de los pueblos germánicos que dieron paso a los visigodos, se fundamentaba en ese “*ius hospitalatis*”. Por tanto, señala la Blanquera que la concesión demanial sobre bienes públicos estaría identificada con dicho título jurídico que también atribuía el desarrollo de funciones públicas de autoridad sobre una porción de territorio. En: BLANQUER CRIADO, David. *Op.Cit.*, pp. 45-46.

⁷⁰⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Op.Cit.*, pp. 700.

No todo traslado de funciones de la Administración implicaría traslado de poder, de modo tal que se puede entender que Villar distinguió entre lo que son funciones administrativas (o públicas) del elemento de poder o potestad. El autor reconoce entonces que la *función* es diferente al *poder*, lo cual es coherente con las formulaciones que hemos venido realizando a lo largo de la presente investigación. En este sentido, el criterio que unificaría el concepto genérico de concesión administrativa no sería la traslación de *poder* al concesionario, sino específicamente la traslación de funciones. Al respecto, indica Villar lo siguiente:

(...) el hecho mismo de pretender coligar la concesión a la cesión de poder y no a la transmisión de funciones es la causa inmediata de que el Derecho administrativo francés, e incluso el italiano y alemán, repudien la unidad del concepto.⁷⁰⁹

Al considerar, erróneamente, que el criterio unificador de la concesión es la traslación del *poder*, se generan muchos problemas de índole teórico. Precisamente, estos ordenamientos habrían “repudiado” esta idea de la concesión unitaria en virtud de la traslación genérica del *poder* debido a lo polémico y delicado del referido escenario. Es quizá por ello que algunos autores, al referirse a esta traslación de funciones, evitan hacer referencia a un posible traslado de *poder de autoridad*.

Así, por ejemplo, Álvarez Puga y Sentías Ballester han señalado (si bien desde la teoría del acto unilateral) que la concesión administrativa es un acto discrecional de la Administración mediante el cual se transfiere al particular, basándose en razones de utilidad o conveniencia pública, funciones propias de la Administración⁷¹⁰. Asimismo, López Pellicer ha indicado que las concesiones administrativas tienen en común la transferencia a uno o varios sujetos de una función o esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa⁷¹¹.

La traslación de funciones (sin *poder*) parece acomodarse de mejor manera a las construcciones teóricas de ese entonces. Es mucho más comprensible que, con el objetivo de realizar la actividad pública concesionada, el concesionario esté facultado para ejercer ciertas funciones que en principio le corresponderían exclusivamente a la Administración, pero ello no implica de modo alguno que estas funciones tengan que expresarse mediante el uso del *poder*.

Villar Palasí no distinguió entre *funciones administrativas* (generales) y *funciones públicas*, como sí lo hemos hecho nosotros. No obstante, para estos efectos, la “función pública” descrita por Villar sería la “función administrativa genérica” descrita en esta investigación, toda vez que nosotros hemos señalado que las funciones públicas son las funciones administrativas que llevan inmerso un componente de *poder* o *autoridad*. Para el referido autor, todas estas funciones (públicas o administrativas) serían funciones de la Administración tal cual, sin distinción. Por ello, la idea unitaria de la concesión administrativa del referido autor estaría vinculada a una traslación de funciones “públicas o administrativas” (indistintamente del nombre), pero éstas, según él, no conllevan necesariamente la asunción de *poder*.

Recordemos que “funciones” y “poder o potestad” son elementos que, si bien pueden estar relacionados, no tienen identidad de contenido. La idea de función está directamente ligada a la

⁷⁰⁹ Ídem.

⁷¹⁰ ÁLVAREZ PUGA, Eduardo y César Sentías Ballester. *Suma práctica de las concesiones administrativas, prólogo de J. M. Pi Suñer*. Barcelona: Editorial Anfora, 1964, pp. 13-14. Cita original de: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Op.Cit., pp. 569.

⁷¹¹ LÓPEZ PELLICER, José A. *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*. Madrid: IEAL, 1979, pp. 19. Cita original de: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Loc.Cit.

existencia de una actividad, al cumplimiento de una tarea, a la ejecución de un cometido⁷¹². El poder, por su parte, es la facultad de mando para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin⁷¹³. Es la facultad de incidir de manera forzosa sobre la voluntad ajena de manera legítima.

En este sentido, la función es la tarea encomendada a una entidad, órgano o autoridad, mientras que el poder o potestad sería una facultad jurídica que revestiría a ciertas funciones para dotarlas de mayor eficacia. Una determinada función puede limitarse únicamente a realizar una tarea pública sin con ello incidir de manera forzosa en la voluntad ajena. Esto último puede o no presentarse dependiendo de la actividad de que se trate y en virtud de una atribución legal expresa.

Por lo tanto, dicha diferencia es perfectamente identificable en la construcción teórica de Villar Palasí. En efecto, no toda traslación de funciones implica necesariamente traslación de poder, pues ambos conceptos constituyen elementos debidamente delimitados. Como bien indica el referido autor, (...) *en todo caso, la idea nuclear de la concesión traslativa es la subrogación del concesionario al Estado en determinadas funciones y no poderes, que le son consustanciales*⁷¹⁴.

De este modo, consideramos que esta es una de las principales confusiones con las que se encuentra muchos de los que analizan la teoría de las concesiones de funciones públicas. La concesión de función pública, así entendida, genera este tipo de confusiones, y creemos que al momento de referirse a este concepto se suele considerar que dichas funciones públicas tienen identidad con el elemento del *poder*.

Clara muestra de ello es la afirmación realizada por el profesor español Fernando López Ramón, el cual, refiriéndose a la teoría de Villar, señaló que:

Para encajar debidamente todas las figuras concesionales del Derecho positivo en su teoría, distingue Villar entre las concesiones constitutivas y las traslativas (...) en las que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado una parte del poder público. (...) Son las concesiones traslativas aquellas en las que hay una transferencia de poder, como sucede en las concesiones demaniales y en las de servicio público.⁷¹⁵

Como puede apreciarse, López Ramón parece confundir el planteamiento de Villar respecto al criterio unitario de la concesión administrativa. Dicho criterio no hace referencia a la traslación de poderes públicos al concesionario, sino exclusivamente a la traslación de funciones públicas o administrativas. Estas funciones no conllevan necesariamente el flujo de poder, de modo tal que, al referirnos al postulado de la concesión de funciones a partir de la teoría unitaria de Villar, debemos ser precisos y cuidadosos en no confundir el traslado de funciones con el traslado de poder como sustento base de dicha teoría⁷¹⁶. Por lo tanto, consideramos incorrectas las afirmaciones que, sustentándose en la teoría unitaria de la concesión de Villar Palasí, planteen la existencia de la concesión de función pública que implique la asunción de poderes por parte del concesionario.

⁷¹² ESCOLA, Héctor. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989, pp. 87.

⁷¹³ ROMANO, Santi. "Voz Potestades". En: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Traducción española, 1964, pp. 297 y ss. Cita original de: COSCULLUELA, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, pp. 154.

⁷¹⁴ VILLAR PALASÍ, José Luis. Op.Cit., pp. 701.

⁷¹⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Op.Cit., pp. 568.

⁷¹⁶ Haciendo una conexión con nuestro planteamiento, en el que asumimos una noción de funciones públicas como aquellas funciones administrativas que implican elementos de poder o potestad, la idea unitaria de Villar Palasí tendría que estar referida a los casos de funciones administrativas de manera genérica, en las cuales el elemento del poder no esté necesariamente presente.

3.2.3.3. Sobre los supuestos *poderes de autoridad* del concesionario de servicios públicos

Como hemos apreciado, el debate sobre si la concesión es un mecanismo que pueda atribuirle poderes a los concesionarios no debe partir de la idea de la concesión unitaria de Villar, erróneamente interpretada por algunos autores, toda vez que dicho autor únicamente se refirió a la traslación de funciones (sin *poder*) como el elemento unificador de la concesión administrativa⁷¹⁷. No obstante, el hecho de que para Villar Palasí el traslado de funciones sea el criterio que caracteriza a la concesión administrativa (aspecto de por sí criticado por alguna parte de la doctrina⁷¹⁸), no excluye el debate acerca de si en verdad existen o no concesiones de funciones públicas (con *poder*) teóricamente justificadas.

Dicho autor, en efecto, señala que sí es posible la existencia de concesiones en las que se genere un traslado de poder en el concesionario (es decir, auténticas funciones públicas –*de poder*– según la terminología utilizada en esta investigación). Sin embargo, dicha circunstancia sería, según Villar, sumamente eventual, circunstancial, y por ello no podría ser un elemento que caracterice su idea unificadora. Al respecto, se señaló que:

(...) Tal paso de “*imperium*” a manos del súbdito se da ciertamente no sólo en las concesiones modernas de servicio público, sino en las medievales de dación en feudo (...). La dación de poder es ciertamente contingente a lo largo de la Historia, y por ello no puede servirnos de concepto unificador, sino más bien de diferencia específica en la construcción general de la concesión administrativa. Por el contrario, la traslación de funciones públicas nos permite comprender de modo congruente, y sin que se resienta el edificio tradicional, las nuevas formas concesionales de industria o comercio.⁷¹⁹
[Subrayado agregado]

Podemos ver que Villar abre la posibilidad a la existencia de concesiones traslativas en las que la transferencia de la función también lleve aparejada la transferencia de un *poder*. En la medida en que este escenario es únicamente circunstancial y contingente, no puede ser este el criterio de su teoría unificadora de la concesión; pero ello no excluye a que efectivamente pueda presentarse este caso desde su óptica.

Específicamente, dicho escenario estaría presente, según el referido autor, en el caso de las concesiones de servicio público. Como señala Villar, (...) *en la concesión de servicio, además de la función administrativa, el concesionario queda investido de facultades o poderes administrativos que alcanzan el rango de poderes exorbitantes, pero lo esencial en este supuesto no es la investidura de poder, que es en definitiva contingente y compartida con la Administración, que nunca la enajena en su totalidad, sino la transmisión de la función prestadora*⁷²⁰.

Así, para Villar la concesión de servicio público sería un supuesto, si bien circunstancial y contingente, de un traslado de funciones y poderes al concesionario. La regla general sería únicamente el traslado

⁷¹⁷ Tanto así que el aspecto del “traslado de funciones” no es un objeto en sí mismo de la concesión, sino algo que caracteriza la figura. El autor no plantea una “concesión de funciones públicas o administrativas”, sino que explica que los diferentes tipos de concesiones (cuyo objeto es el dominio público, servicios públicos u obras) implican un traslado de funciones, sin que ello haga alusión a la nomenclatura de la “concesión de función pública”.

⁷¹⁸ La idea de la concesión unitaria de Villar no es necesariamente inquebrantable. Sostener que toda concesión administrativa implica la asunción de funciones públicas (tengan poder o no) podría ser en algunos casos excesiva. López Ramón, por ejemplo, advierte que no todas las concesiones administrativas implicarían el traspaso de funciones. La concesión demanial, indica, no supondría traslado de funciones públicas o de alguna esfera de actuación originalmente administrativa en favor del concesionario. Lo que se transmite en este caso sería, más simple y exactamente, el derecho al uso privativo del bien. Revisar: *Ibidem*, pp. 570-571.

⁷¹⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Op.Cit.*, pp. 700-701.

⁷²⁰ *Ídem*.

de funciones administrativas, pero eventualmente -como sería en el caso de los servicios públicos para dicho autor- la función prestadora iría acompañada de prerrogativas o poderes públicos. ¿Es esto cierto? ¿Es la concesión de servicio público un supuesto de traslado de funciones públicas de poder al concesionario?

La concesión usualmente ha sido definida como una forma de prestación indirecta de los servicios públicos⁷²¹, y para intentar explicar la asunción de ciertas potestades o poderes públicos por parte del concesionario, se ha recurrido frecuentemente a la justificación “de una mejor prestación del servicio”. En este sentido, según Sayagués Laso, desde el momento que el concesionario toma a su cargo la ejecución de un servicio público, *es lógico que se le transfieran ciertos poderes jurídicos de la Administración pública para cumplir sus fines específicos*⁷²². Para Sarmiento García, el contrato de concesión de servicios públicos otorga al concesionario el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento⁷²³.

A su vez, Bielsa señala que, si bien el poder de policía es indelegable en el concesionario, ello no es óbice para que el concedente pueda atribuirle alguna facultad limitada y expresa con el objeto de hacer más oportuna y eficaz la prestación del servicio⁷²⁴. Por su parte, Villegas Basavilbaso indica que la concesión de servicio público implica atribuir a una persona privada *una función propia del Estado, subrogando a favor del concesionario un conjunto de potestades y privilegios para asegurar el funcionamiento del servicio*. En este sentido, señala el autor que, en virtud de la concesión, el Estado delega un poder jurídico al concesionario para la realización del servicio concedido⁷²⁵.

En general, los referidos autores justifican el traslado de ciertos poderes públicos a los concesionarios de servicios públicos en virtud de una mejor prestación del servicio mismo. Estas facultades estarían, de manera general, destinadas a facilitar la prestación de la actividad, pudiendo manifestarse en el impulso de procedimientos de expropiación, solicitud de servidumbres administrativas, ejercicio de acciones judiciales, reclamo de medidas de policía a la Administración, entre otras.

No obstante, consideramos que la concesión de servicio público no traslada poderes o potestades públicas al concesionario. El particular que presta un servicio público realiza una actividad económica, y todas las actuaciones que, en virtud de dicho servicio realiza, se circunscriben al ámbito económico o empresarial. Si bien la actividad de servicio público es una actividad económica sometida a un estricto régimen jurídico, la actividad no deja de ser comercial por naturaleza, y por ello la actuación del concesionario no puede confundirse con el actuar funcional de la Administración en tanto manifestación de *poder*. En esta línea, Blanquer Criado describe, dentro de la lista de prestaciones que no pueden ser objeto de una concesión de servicio público, lo que en rigor no son servicios de contenido económico, sino *funciones públicas de autoridad inherentes al poder que impliquen el ejercicio de actividades coercitivas y potestades que están fuera de la órbita de actuación jurídica de los particulares*⁷²⁶.

⁷²¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 19.

⁷²² SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959, pp. 37.

⁷²³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Op.Cit., pp. 83.

⁷²⁴ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: La Ley, 1964, pp. 286.

⁷²⁵ Como señala el autor, esta delegación, que se hace exclusivamente en beneficio del interés público, no supone que el concedente renuncie al ejercicio de sus facultades, toda vez que sólo atribuye al concesionario las indispensables para la realización del servicio. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo. Vol. 3*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1951, pp. 98-99.

⁷²⁶ BLANQUER CRIADO, David. Op.Cit., pp. 239.

Cuando se otorga una concesión de servicio público no se trasladan, al tercero que asume la gestión, prerrogativas o potestades exorbitantes propias de la policía administrativa⁷²⁷. En este sentido, no son objeto del contrato de gestión por un concesionario de un servicio público, las funciones propias de la “*auctoritas*” y del “*imperium*” que revisten al poder de la Administración pública, toda vez que la concesión de servicios públicos únicamente tiene como objeto la prestación de actividades de contenido económico que puedan ser explotados por un empresario privado⁷²⁸.

En virtud de una concesión administrativa los particulares pueden prestar servicios públicos de contenido económico⁷²⁹, mas no pueden ejercer funciones públicas de autoridad que deriven del “*imperium*” del poder, y que puedan llegar a implicar el ejercicio de la fuerza bruta o la violencia física. De ahí que no se pueda encomendar a un concesionario el ejercicio de las funciones públicas de autoridad o potestad pues, como indica Blanquer, mediante la concesión de servicio público *no se instrumenta una delegación de funciones públicas y potestades exorbitantes que prestan cobertura los actos de autoridad, sino una encomienda de actividades de carácter técnico y contenido económico*⁷³⁰.

En este sentido, es la naturaleza económica de los servicios públicos la que traza esa línea separadora entre actividad prestacional y actividad funcional teñida de poder. La actividad económica, así esté sometida a un especial régimen jurídico, no puede conllevar la asunción de poderes públicos susceptibles de incidir en la voluntad de terceros. No es natural de una actividad económica la asunción de poderes de mando sobre las personas.

Así, mientras que en las funciones públicas de autoridad subyace siempre una potestad jurídica de carácter exorbitante, que pone de manifiesto el “*imperium*” de la Administración sobre los ciudadanos, en los servicios públicos estamos ante actividades materiales o técnicas de contenido económico que, en línea general de principio, pueden ser desarrolladas tanto directamente por la Administración pública como por los ciudadanos y empresas privadas⁷³¹.

En la misma línea, Canals ha señalado que la concesión administrativa no parece ser la técnica jurídica idónea para el traslado de la autoridad a particulares. Según dicha autora, *la concesión administrativa es clásica modalidad contractual de gestión indirecta de servicios públicos y, por ello, también, una forma de colaboración de los particulares con la actuación pública*⁷³², pero dicha colaboración se limitaría sólo a la actividad económica y comercial, no pudiendo extenderse al mismo ejercicio del *poder de autoridad* de la Administración.

Canals resalta que en el ordenamiento español la concesión constituye un tipo de contrato administrativo cuyo objeto se limita a la gestión de servicios públicos de titularidad y competencia de

⁷²⁷ ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Editorial Aguilar, 1960, pp. 117-120.

⁷²⁸ Como señala Blanquer, “en la medida en que el ejercicio de funciones públicas de autoridad implica una cierta participación en la soberanía del Estado, esas actividades no pueden ser desarrolladas por quienes no son Administración pública, como les sucede a los concesionarios de los servicios públicos” (argumento que dependería de los criterios que se manejen acerca de qué debe entenderse por entidades de la Administración). No obstante, es cierto lo que señala el autor respecto a las relaciones de este tipo de entidades con la Administración. Explica Blanquer que “el concesionario es un sujeto privado que no está vinculado con la Administración en virtud de una relación especial de sujeción (RES), pues el gestor del servicio es normalmente una compañía privada, que no se transforma en pública en virtud de la concesión, y por tanto la empresa concesionaria está ligada con ella en virtud de una relación general de sujeción (RGS) como cualquier otro particular. En: BLANQUER CRIADO, David. Loc.Cit.

⁷²⁹ *Ibidem*, pp. 241.

⁷³⁰ *Ídem*.

⁷³¹ *Ídem*.

⁷³² CANALS I AMETLLER, Dolors. *Op.Cit.*, pp. 300.

la Administración pública (artículos 8.1 de la Ley 30/2007, Ley de Contratos del Sector Público⁷³³), siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares⁷³⁴, de modo tal que el traslado de *poder* queda fuera de esta operación por mandato legal⁷³⁵.

A diferencia de nuestro marco legal, el ordenamiento español fue claro y expreso en señalar que, mediante la concesión de servicios públicos, no se traslada *poder* alguno al concesionario. Así, según el artículo 155.1 del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

Al respecto, señala Canals que:

Tales previsiones legales parecen obstaculizar el uso de la concesión administrativa para posicionar jurídicamente la actuación de los agentes privados colaboradores, dado que ejercen, precisamente, funciones que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, es decir, que suponen la toma de decisiones y declaraciones vinculantes y el ejercicio de prerrogativas públicas y que, por ello, parecen carecer de un contenido económico que las haga susceptibles de rentabilidad económica por los particulares.⁷³⁶ (...) Por todo ello, puede concluirse que, desde las prescripciones del derecho positivo vigente, se excluye taxativamente la posibilidad de trasladar a particulares el ejercicio de funciones de autoridad mediante el instrumento de la concesión administrativa.⁷³⁷

De este modo, la concesión de servicio público no traslada funciones públicas de autoridad, o poderes o potestades en general al concesionario. La misma naturaleza económica (si bien estrictamente reglamentada) del servicio público desvirtúa dicha posibilidad por la concreta delimitación entre actividad prestacional y actividad funcional (de *poder*), sobre lo cual estamos completamente de acuerdo.

Es cierto que algunos de los autores anteriormente referidos justificaron este supuesto traslado de poderes al concesionario con el fin de viabilizar de mejor manera la prestación del servicio público en cuestión, lo cual, en efecto, es entendible. Los concesionarios deben disponer de las herramientas jurídicas que les permitan prestar un oportuno y adecuado servicio a los usuarios, pues sólo así se puede conseguir de una forma más eficaz el interés público que justifica el contrato de concesión. Si tenemos en cuenta que la “función” es diferente al “poder”, creemos que sí es posible que los concesionarios de servicios públicos, en virtud de la actividad que realizan, puedan eventualmente realizar ciertas funciones administrativas desprovistas de *poder de autoridad*, es decir, funciones administrativas simples, genéricas y ocasionales.

⁷³³ Ley 30/2007 – Ley de Contratos del Sector Público: (...)

Artículo 8.1.- 1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendada.

⁷³⁴ Real Decreto Legislativo 2/2000 – Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: (...)

Artículo 155.1.- 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

⁷³⁵ Ídem.

⁷³⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración. Op.Cit., pp. 43.

⁷³⁷ CANALS I AMETLLER, Dolors. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad. Op.Cit., pp. 301.

La emisión de actos administrativos (aspecto debatible que será abordado en la siguiente sección), la notificación de documentos con eficacia jurídico administrativa, la resolución de reclamos, quejas y escritos en general con efectos jurídicos (susceptibles de ser revisados por los organismos públicos y por las instancias judiciales correspondientes), entre otras funciones, dan cuenta de que los concesionarios de servicios públicos realizan funciones administrativas en complemento de su actividad prestacional. Sin embargo, dichas funciones no conllevan la asunción de *poder de autoridad* alguno. El actuar funcional que complementa la actividad prestacional del concesionario no tiene poderes de mando o capacidad de incidencia sobre la voluntad ajena.

Siendo esto así, ¿cómo se explica que en algunos supuestos los terceros usuarios y administrados en general puedan sufrir cargas y afectaciones sobre sus situaciones jurídicas en aras de la prestación del servicio público? Y es que, como se cuestiona López Ramón ¿es el aspecto de poder público el que cabe destacar o más bien lo que se pretende es fortalecer la posición del concesionario?⁷³⁸ Sobre este cuestionamiento, debemos destacar (aunque con algunas objeciones) lo señalado por Íñigo Sanz Rubiales, quien advirtió que los concesionarios no reciben ni ejercen función pública de autoridad o potestad alguna, sino que simplemente se convierten en *beneficiarios* de estos poderes de la Administración. Así, señala dicho autor que:

Desde una perspectiva jurídico-formal, el concesionario no dicta actos administrativos en la prestación del servicio público, ni si quiera por delegación y, aunque no ejerce potestades públicas, puede ser beneficiario de su ejercicio. Las prerrogativas de derecho público del concesionario de servicios públicos locales no están en los “poderes”, sino en los “beneficios” (que no conllevan ejercicio de potestades públicas), y, sobre todo, en la exclusividad en el ejercicio de la actividad (que tampoco implica el ejercicio de potestades). El concesionario no ejerce poder público, aunque por llevar a cabo una actividad prestacional de titularidad exclusiva administrativa, asume, formando parte de la misma gestión de la actividad, los poderes imprescindibles para su funcionamiento.⁷³⁹

De la misma manera, indica Albi que *en la supuesta subrogación concreta de facultades privativas de la Administración pública puede advertirse que los concesionarios no son, en realidad, titulares de un derecho, sino simplemente beneficiarios de un procedimiento legal, indispensable para que puedan instalarse o desarrollarse determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo esos intereses a los que en realidad se trata de proteger*⁷⁴⁰.

En este sentido, podemos ver que los concesionarios de servicios públicos son beneficiarios de los poderes y atributos de la Administración, y no ejercientes directos de éstos. El concesionario, en virtud de su título, puede solicitarle a la Administración, con un grado mayor de eficacia respecto de otras personas, el despliegue de poderes o potestades públicas por parte de aquella, como por ejemplo la aplicación de servidumbres forzosas, la expropiación de terrenos, y claro está, la ejecución forzosa⁷⁴¹ de los actos que emite (y que por sí misma no podría realizar), entre otros supuestos.

⁷³⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Op.Cit., pp. 572.

⁷³⁹ SANZ RUBIALES, Íñigo. *Poder de Autoridad y Concesión de Servicios Públicos Locales*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004, pp. 135. Cita original de: SHIMABUKURO, Néstor. *El contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada: una propuesta de principios jurídicos para su fase de ejecución*. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, 2015, pp. 120.

⁷⁴⁰ ALBI, Fernando. Op.Cit., pp. 527-528. Revisar también: BARCELONA LLOP, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 126-136.

⁷⁴¹ *Ibidem*, pp. 126-128.

Los concesionarios de servicios públicos, por el hecho del contrato de concesión, no ejercen poder administrativo alguno⁷⁴². El concesionario se encuentra investido de una cobertura especial de derecho público, que le permite canalizar de forma más eficaz y directa todos los requerimientos necesarios para prestar adecuadamente su servicio. Por ende, el ordenamiento permite que el concesionario se beneficie de este *poder* de la Administración para la consecución de los objetivos planteados en el contrato, y es esta la única relación que dicho particular tiene respecto al *poder* público del Estado.

Finalmente, y como bien advierte Shimabukuro, la presunta atribución de potestades públicas al concesionario de servicios públicos debería, en todo caso, estar expresamente plasmada por ley, supuesto que no se desprende de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁴³. Si el *poder de autoridad* es un elemento legalmente atribuido por el ordenamiento a algunos organismos de la Administración, es lógico que dicho *poder*, de ser el caso, deba igualmente tener de respaldo una ley para su eventual traslado al concesionario. Al respecto, ni el derogado TUO de Concesiones ni el Decreto Legislativo N° 1224 hacen referencia alguna a este supuesto. De este modo, no existe remisión legal expresa que señale que el concesionario de servicios públicos pueda realizar funciones de autoridad o de potestad en virtud de su título de concesión. Si bien nuestro ordenamiento no prohíbe expresamente dicha posibilidad (como sí lo hizo el ordenamiento español), el vacío legal no puede ser fundamento suficiente de un eventual traslado de funciones de autoridad en virtud de la concesión de servicio público, pues esto sería contrario al Principio de legalidad.

3.2.3.4. La función pública como objeto mismo del contrato de concesión: crítica en virtud del marco legal vigente

Ahora, queda claro que la concesión de servicio público no traslada poder o potestad alguna al concesionario. No obstante, esta formulación no ha sido óbice a que, paradójicamente, se plantee la existencia de concesiones administrativas cuyo objeto no sea el de servicios públicos (o bienes de dominio público u obras), sino concretamente funciones públicas. Es decir, si bien la concesión de servicio público no traslada poderes al concesionario, se ha postulado que no habría inconveniente alguno para que el mismo objeto de la concesión administrativa sea precisamente ese traslado de *poder*.

En otras palabras, se niega la posibilidad de que en virtud de una concesión cuyo objeto sea la prestación de un servicio público se traslade poderes al concesionario, pero curiosamente se ventila en paralelo que no habría problema en que dicho objeto, por sí mismo, pueda ser la función pública de *poder*. Por ejemplo, para Gardini la atribución de potestades públicas a los privados podría realizarse en virtud de un contrato de concesión administrativa⁷⁴⁴. Así también lo señala Blanquet, para quien (...) *no hay obstáculos dogmáticos que impidan que sea una concesión el título jurídico que habilite para ejercer funciones públicas de autoridad*⁷⁴⁵.

Este último autor, que en un inicio señaló la inviabilidad de un eventual traslado de funciones de *poder* en virtud de una concesión de servicio público, no ve objeciones en que, por sí mismas, las funciones de públicas de *poder* sean objeto de un específico contrato de concesión, lo cual nos resulta

⁷⁴² ABRUÑA PUYOL, Antonio. “¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?” En: *Derecho Administración Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 132.

⁷⁴³ SHIMABUKURO, Néstor. Op.Cit., pp. 120.

⁷⁴⁴ GARDINI, Gianluca. “Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana”. En: *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Coord. Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero. Barcelona: Editorial Huygens, 2010, pp. 440.

⁷⁴⁵ BLANQUER CRIADO, David. Op.Cit., pp. 99.

incongruente. Quizá ello se deba a la misma definición, un tanto amplia, que Blanquer postula acerca de la concesión. Según él, la concesión *es un título jurídico habilitante que amplía la esfera de actuación de los particulares: hay un ámbito de actividad que se reserva en exclusiva a los poderes públicos; esa reserva comporta una prohibición de la libre iniciativa privada y los particulares sólo pueden acceder a la zona reservada utilizando la llave jurídica de la concesión, título habilitante que atribuye “ex novo” la posibilidad de actuar en un sector reservado en exclusiva a los poderes públicos*⁷⁴⁶.

Dicha definición, siendo tan amplia, da pie a que pueda abarcar una serie de supuestos y actividades muy distintas entre sí. La concesión no es sólo un título habilitante genérico, sino que es ante todo un mecanismo que habilita el ejercicio de actividades concretas y específicas. Si bien se trata de una exclusión de la libre iniciativa privada a la que los privados acceden mediante un mecanismo de habilitación concreto, no se trata de un acceso a cualquier tipo de actividad del Estado. Si llevamos al extremo esta idea amplia de la concesión, deberíamos pensar que la misma también serviría para trasladar a los particulares funciones tales como la seguridad ciudadana, defensa limítrofe, representación protocolar, potestad sancionadora, entre otros.

Es claro que debe existir un límite sobre qué es lo que puede realizar un privado mediante estos mecanismos de habilitación, y parte de ello está en entender, en primer lugar, que no cualquier tipo de actividad del Estado puede ser trasladada a la esfera privada, y en segundo lugar (que es el que nos concierne en esta sección), que lo que sí se pueda trasladar no puede estar recogido indistintamente por un solo mecanismo. Alegar lo contrario sería darle a la concesión una naturaleza sumamente amplia que terminaría desdibujando sus propios límites y creando así confusiones respecto al alcance de sus regímenes jurídicos. Como bien señala Matilla Correa, la noción de concesión administrativa *no ha dejado de ser cuestionada en su amplitud, sobre la base de que, por ese motivo y desde ese prisma, se hace de ella una institución poco precisa, y como tal genera confusiones técnicas que no benefician su construcción teórica y práctica*⁷⁴⁷.

En este sentido, una noción en exceso amplia del contenido de la concesión administrativa reuniría actos muy disímiles entre sí bajo una misma rúbrica⁷⁴⁸, lo cual terminaría siendo contraproducente para efectos prácticos y teóricos. La concesión, por ende, no puede ser una “llave jurídica” que habilite la realización de cualquier actividad de ejercicio restringido para los particulares, sino de algunas actividades en específico, y estas actividades son concretamente los servicios públicos, las obras públicas de infraestructura y los bienes de dominio público, todas estas de naturaleza económica.

Por ello, se opta por una definición más estricta y reducida del contenido de la concesión administrativa, que se enfoca en el hecho de conferir, a determinada persona, *ciertos derechos o actividades cuyo titular es la Administración pública, y que tienen como objeto la prestación de un servicio público, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público*⁷⁴⁹. Esta definición más restringida, como bien resalta Matilla Correa, trasluce una mayor precisión en su uso (en comparación de la concepción amplia) a partir de la similitud esencial de los supuestos fácticos que involucra⁷⁵⁰.

Ahora, viéndolo desde la otra postura, se podría decir que la concesión de función pública parte de la misma estructura lógica de la concesión de servicios públicos. Como señala Martín-Retortillo, se trataría, al igual que en los servicios públicos, de una concesión en la gestión de determinadas funciones que se consideran públicas. Una concesión de actividades públicas de las que la

⁷⁴⁶ *Ibidem*, pp. 104.

⁷⁴⁷ MATILLA CORREA, Andry. *Op.Cit.*, pp. 432.

⁷⁴⁸ *Ídem*.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pp. 439.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pp. 433.

Administración es siempre su titular y con las que conserva una serie de poderes y facultades de carácter permanente⁷⁵¹.

Una supuesta concesión de funciones públicas, en efecto, tendría una lógica similar a la ya conocida concesión de servicios públicos, pero su origen sería totalmente distinto. Las típicas formas conocidas de concesión administrativa, recaídas en actividades de servicios públicos, obras públicas y bienes de dominio público, tienen un aspecto en común que –haciendo un símil con la idea unitaria de Villar Palasí– las caracterizaría tanto en su contenido como en sus respectivos regímenes jurídicos. Y es que todas estas concesiones tienen en común versar sobre actividades económicas, susceptibles de ser explotadas comercialmente ya sea mediante la prestación de utilidades a usuarios, o ya sea mediante la realización de una actividad productiva y empresarial sobre un determinado bien o recurso del Estado. **La concesión administrativa, por ende, únicamente puede recaer sobre actividades de naturaleza económica.**

Si como señalamos, existen ciertas actividades cuyo origen y génesis está vinculado a la libre iniciativa privada, que el Estado las asume excepcionalmente como propias por razones de interés público, y que posteriormente son habilitadas para el ejercicio privado mediante el instrumento de la concesión; es claro que el esquema gire en torno, precisamente, al fundamento mismo de lo que se encuentra protegido de la libre iniciativa privada.

La libre iniciativa privada no está vinculada a cualquier actividad, sino específicamente a las actividades de naturaleza económica. Nuestra Constitución de 1993 así lo establece, al señalarse en el artículo 58 (que inicia el apartado del régimen económico constitucional) que “la iniciativa privada es libre” y que “se ejerce en una economía social de mercado”.

Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

El régimen económico de la Constitución contempla el derecho a la libre iniciativa privada el cual, según el referido artículo 58, se ejerce en una economía social de mercado. Inmediatamente dicho mandato es vinculado con la participación del Estado, el cual, se señala, “actúa principalmente” sobre ciertos sectores. Se plantea así una relación del derecho a la libre iniciativa privada y el rol del Estado sobre ciertas actividades indispensables para la sociedad, y es precisamente esta relación la que se somete a las directrices de la economía social de mercado. Como bien señalan Kresalja y Ochoa, la expresión “economía social de mercado” implica una cláusula abierta que nos hace entender que *las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir*⁷⁵².

Ese deber del Estado se centra, por un lado, en los controles y habilitaciones recaídos en las actividades económicas de libre participación privada, y por el otro, en la garantía de la prestación de ciertas actividades de gran utilidad social que, por presentar elementos de monopolio natural, son excluidas de la libre iniciativa privada y asumidas como propias por el Estado. En este sentido, el Estado garante debe armonizar la libre iniciativa con la obligación de prestar dichas actividades de gran repercusión social, y ello se logra precisamente a través del ingreso del sector privado a estos

⁷⁵¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 144, 1997, pp. 15-16.

⁷⁵² KRESALJA, Baldo y César Ochoa. *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2012, pp. 100.

sectores mediante los mecanismos legales permitidos por el ordenamiento. Y uno de estos mecanismos es, precisamente, la concesión administrativa.

Por ello, la concesión administrativa y la iniciativa privada constituyen elementos que están sumamente vinculados⁷⁵³. La concesión representa entonces un instrumento que permite la armonización de los deberes del Estado garante y el derecho a la libre iniciativa privada de los ciudadanos, que se aplica ante la restricción del ejercicio de determinadas actividades cuyas titularidades son asumidas por el Estado en atención del interés público. Por lo tanto, si la iniciativa privada se identifica plenamente con la actividad económica, es lógico que la concesión también lo esté.

En virtud de lo expuesto, podemos ver que la iniciativa privada está constitucionalmente vinculada al ejercicio de actividades económicas, y siendo la concesión un instrumento legal que permite al particular ejercer actividades excepcionalmente excluidas de la libre iniciativa de los privados, es lógico que estas actividades deban igualmente estar vinculadas a elementos de naturaleza económica y comercial, quedando fuera de este esquema las actividades del Estado que no tengan esa condición.

Cabe preguntarnos, a su vez, lo siguiente: Si la concesión administrativa es un instrumento jurídico que *crea* un derecho en el concesionario, derecho el cual está directamente vinculado con las actividades excepcionalmente excluidas de la libre iniciativa privada –es decir, de actividades económicas– ¿es posible que se *Cree* un derecho para el ejercicio de la actividad funcional del Estado? Recordemos que, en efecto, existe una distinción clara entre actividad funcional y actividad prestacional de la Administración. Las funciones públicas tienen un origen y contenido diferente al de los servicios públicos o actividades económicas en general.

En el escenario de los servicios públicos estamos ante actividades cuyo contenido, en principio, calzaría técnicamente en la categoría de actividades económicas de libre iniciativa privada, pero que, por razones de interés público, éstas son abstraídas de la libre concurrencia en el mercado para hacerse de titularidad y responsabilidad del Estado, y con ello separadas del derecho de los privados a ejercer libremente la actividad económica. Siendo esto así, la creación de un derecho *ex novo* mediante la concesión administrativa se vincula directamente con la facultad de los administrados para ejercer una actividad económica que, si no tuviera los caracteres jurídicos de un servicio público, podría estar sometida a la libre concurrencia por los particulares.

Es decir, si la actividad económica del servicio público no estuviera “publicada” y reservada para el Estado, su misma naturaleza la haría formar parte de la libre actividad económica de los ciudadanos (evidentemente ello generaría posibles fallas de mercado que en efecto son las que justifican la asunción de su titularidad a favor del Estado). De este modo, el concesionario de un servicio público adquiere un derecho que no tenía anteriormente, pero precisamente ese derecho creado se sustenta en la habilitación para realizar una actividad económica que, si no fuera por su “publicación”, habría sido un derecho preexistente. Y hubiera sido un derecho preexistente porque, en efecto, estamos ante actividades que son susceptibles de generar derechos en los ciudadanos por estar vinculadas a la libre iniciativa económica amparada por la Constitución.

En otras palabras, la concesión *crea* un derecho sobre una actividad que, en efecto, permite la creación de derechos. En virtud de la concesión, el concesionario tiene el derecho para realizar una actividad durante un tiempo determinado, pero este derecho debe ser creado en un ámbito en el que sea

⁷⁵³ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op.Cit., pp. 99 y ss.

jurídicamente viable su expresión. Cabe preguntarnos lo siguiente: ¿Es posible la creación de derechos en la actividad funcional del Estado?

Queda claro que, tratándose de actividades económicas como los servicios públicos, las obras públicas o los bienes de dominio público, la creación de un derecho se identifique precisamente con un tipo de actividad que naturalmente permite la obtención de derechos por parte de los ciudadanos. Sin embargo, ¿sucede lo mismo en el caso de las funciones públicas? Debemos señalar que ello no es teóricamente posible. Las funciones públicas constituyen una actividad que atiende al interés público de las personas y que involucra el despliegue de potestades públicas o ejercicio de autoridad. Ello, en la medida en que se trata de deberes primigenios del Estado que derivan de su soberanía, y por lo tanto no encajan en un esquema de libertad del ciudadano pues, precisamente, se tratan —en muchos casos— de cargas u obligaciones impuestas a estos.

Las funciones públicas son una forma superior de manifestación de la actividad administrativa que representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica y soberanía del Estado⁷⁵⁴. Atienden al interés público, pero a la vez constituyen deberes del Estado que, en virtud de dicha soberanía, pueden incidir de manera forzosa sobre la esfera jurídica de los ciudadanos. Siendo esto así, no vemos posible que en virtud de una concesión se pueda *crear* derechos en este tipo de actividades. Resulta difícil, considerar la creación de un derecho para realizar funciones públicas de la Administración con todo lo que ello conlleva. No puede concebirse, por tanto, la creación de un derecho para el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Lo que sí existe, y es lo que hemos descrito mediante la figura administrativa del EPCA, es un *ejercicio* privado de estas funciones públicas, que se limita únicamente a una técnica de traslación del ejercicio y nunca a la creación de un derecho frente a este tipo de actividades. Éstas no están teóricamente⁷⁵⁵ vinculadas a la libre iniciativa privada, precisamente porque no constituyen actividades económicas en sí mismas (pese a que los *medios* a través de los cuales se expresa sí puedan tener dicho carácter económico). Las funciones públicas son actividades originarias de la soberanía del Estado, y por lo mismo, el Estado siempre ha sido su titular (a diferencia de los servicios públicos).

Por lo tanto, sostenemos que la concesión no podría crear derechos sobre ámbitos que no son susceptibles de generar derechos, y por ello debe quedar descartada una posible “concesión de funciones públicas” en virtud de este extremo. Ahora, desde un criterio legal, nuestro ordenamiento jurídico posee una serie de dispositivos normativos relacionados a la concesión administrativa, y en todos ellos siempre se trata de las mismas actividades de naturaleza económica referidas anteriormente. Así, por un lado, tenemos el hoy derogado TUO de Concesiones que reguló los supuestos de entrega en concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

Dicho cuerpo legal recopiló una serie de normas dispersas vinculadas a la concesión, como el Decreto Legislativo N° 758, su reglamento aprobado por D.S. N° 189-92-PCM, el Decreto Legislativo N° 839, entre otros; todos los cuales abarcaban dicha técnica administrativa para los supuestos de actividades económicas. A su vez, nuestro ordenamiento recoge una serie de normas sectoriales referidas a la concesión de actividades económicas en específico, tanto de servicios como extractivas

⁷⁵⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Op.Cit., pp. 11.

⁷⁵⁵ Debemos recordar, como vimos en la sección de la autorización administrativa, que en el plano práctico ciertas funciones públicas (como la Inspección Técnica de Vehículos) han ido adquiriendo características de actividades económicas libres sujetas a la libre iniciativa privada, de modo que se posicionan en una especie de punto medio en el que los sistemas de libre competencia y el régimen de autorizaciones van tomando un papel relevante.

o productivas, como por ejemplo el D.S. N° 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones; o el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

De la misma manera, también encontramos dichas referencias en la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos; en el D.S. N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; y en general en la misma Ley N° 26281, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Asimismo, la nueva norma marco de Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento aprobado por D.S. N° 410-2015-EF), que derogó el TUO de Concesiones, también regula el mecanismo de la concesión administrativa únicamente para los supuestos de actividades económicas como los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura.

Por su parte, podemos identificar también una serie de supuestos de concesiones para la prestación de servicios públicos municipales, como es el caso de las concesiones de servicio de transporte terrestre de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; y de manera general, los supuestos de concesión de servicios públicos locales que se encuentran recogidos taxativamente en el numeral 2 del artículo 73 de Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, “LOM”). Ejemplo de lo último son las actividades de limpieza pública, saneamiento local, entre otras, las cuales se tratan en definitiva de servicios, actividades económicas, destinadas a operar servicios susceptibles de aprovechamiento por usuarios en general⁷⁵⁶.

Así, desde un ámbito de competencia nacional, las concesiones son instrumentos jurídicos que habilitan la realización de actividades económicas excluidas de la libre iniciativa privada, como lo son los servicios públicos, las obras públicas de infraestructura y los bienes de dominio público, ámbitos debidamente regulados por normas generales y sectoriales. Desde un ámbito de competencias municipales, las concesiones igualmente se han centrado en los servicios públicos locales de carácter económico y en obras y bienes de titularidad municipal.

En este sentido, desde un criterio legal, clásico e histórico, podemos ver que nuestro ordenamiento, al momento de regular los regímenes concesionales, siempre se ha ceñido respecto a actividades de naturaleza económica. Desde otro ángulo, debe tomarse atención en que nuestro marco legal vigente no establece de manera expresa la posibilidad de entregar en concesión actividades de naturaleza no económica, y más aún, de actividades de *poder*. Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico históricamente ha sido exhaustivo en dar cuenta que la concesión administrativa constituye un instrumento aplicable para las actividades de naturaleza económica. En consecuencia, podemos afirmar que la concesión administrativa siempre tendrá un trasfondo económico⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Si bien la LOM señala también una serie de supuestos que, por su naturaleza, difieren mucho de ser actividades de contenido económico, como la seguridad ciudadana, los programas sociales y la promoción de derechos ciudadanos, es de notar que es difícil concebir que estas actividades puedan ser concesionadas. La LOM señala una serie de servicios de primera necesidad para los ciudadanos diferentes a los servicios de alcance general y de competencia nacional (los típicos servicios públicos). Y si bien dicha norma resalta la posibilidad de entregar en concesión los servicios públicos municipales (Artículo 33), no se señala que todos los servicios locales abarcados por la norma sean susceptibles de ser concesionados. Lo dicho toma mayor congruencia si nos fijamos que la LOM, al momento de desarrollar los supuestos de concesiones de servicios municipales, se centra en los servicios de carácter económico, susceptibles de ser explotados comercialmente⁷⁵⁶. En efecto, la LOM no ha previsto expresamente una regulación específica para eventuales concesiones de los restantes servicios públicos municipales. Específicamente, las actividades como la seguridad ciudadana y los programas sociales no tienen prevista una alusión expresa a su gestión mediante concesión, como sí sucede en los otros supuestos de actividades económicas. Ello nos conduce a pensar que la LOM, si bien recoge una serie de “servicios” de primera necesidad para el ciudadano, y la correspondiente posibilidad de gestión indirecta de éstos mediante concesión, no se ha previsto que todos estos “servicios” abarquen dicha posibilidad, sino únicamente los de naturaleza económica y comercial.

⁷⁵⁷ MATILLA CORREA, Andry. Op.Cit., pp. 435.

3.2.4. La concesión de centros penitenciarios: ¿Concesión de una infraestructura o de una función pública?

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

Nos referimos específicamente al supuesto polémico de las denominadas “cárceles privadas” del Sistema Penitenciario, sector en el cual, por una disposición normativa (Decreto Legislativo N° 1229) se habilita la entrega en concesión de centros penitenciarios a empresas privadas para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de dichas infraestructuras. Se trata, desde nuestro punto de vista, de una indirecta entrega en concesión de una función pública que se esconde detrás de una directa entrega en concesión de una infraestructura pública⁷⁵⁸. Pero para perfilar mejor esta afirmación podemos dar algunos antecedentes sobre esta modalidad de participación privada en colaboración con la Administración.

3.2.4.1. Sobre la participación privada en el Sistema Penitenciario: Las “cárceles privadas” y el DL 1229 como norma orientada a concesiones de infraestructura penitenciaria

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

⁷⁵⁸ Sobre esta terminología, es de señalar que, cuando se hace referencia a la infraestructura pública, usualmente se pretende aludir a la vez a la obra pública del Estado, y viceversa. La obra pública, como señala Jiménez de Cisneros, se caracteriza esencialmente por su finalidad, la satisfacción de necesidades colectivas, o por su destino al uso público o al general aprovechamiento. En este sentido, habrá obras públicas destinadas al “general aprovechamiento” que no son de “uso público”, tales como la señalización marítima, el balizamiento de los aeropuertos e instalaciones portuarias, el encauzamiento de los ríos, las obras de defensa en el litoral, y claro está, las infraestructuras penitenciarias. Éstas últimas son, en efecto, obras públicas (o infraestructuras públicas), que satisfacen una necesidad general, pero cuyo destino no es el uso público, sino únicamente su general aprovechamiento, es decir, el provecho que la sociedad obtiene por estas infraestructuras. Por lo tanto, a lo largo del presente capítulo nos referiremos a la infraestructura penitenciaria como una obra pública o infraestructura pública, indistintamente, sin que ello suponga que dichas obras impliquen su uso público. Revisar: JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública / obra pública desligado del dominio público y del servicio público”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, N° 3, 1999, pp. 195.

diferentes países desde la década⁷⁵⁹ de los 80', como Estados Unidos⁷⁶⁰, Reino Unido⁷⁶¹, Francia⁷⁶² y Chile⁷⁶³.

La promoción de la inversión privada en el Sistema Penitenciario, concesión de centros penitenciarios, “cárceles privadas”, privatización de las cárceles, o como desee llamársele a esta operación⁷⁶⁴, es, en suma, una expresión clara de Colaboración Público-Privada, de un lado, en una función pública de la Administración (gestión penitenciaria) y, del otro, en la ejecución de un proyecto de infraestructura pública.

⁷⁵⁹ RUIZ-JARABO, Dámaso. “Prisiones Privadas”. En: *Jueces para la Democracia*. Madrid, N° 8, 1989, pp. 41-42.

⁷⁶⁰ Podemos afirmar que la industria de las cárceles privadas tuvo su inicio en los Estados Unidos en la década de los ochenta, toda vez que, si bien la idea de la participación privada en la actividad penitenciaria tenía ya ciertos vestigios y antecedentes en el viejo continente, fue dicho país el que desarrolló y “perfeccionó” la figura de la privatización carcelaria a mediados de la década de los ochenta. El surgimiento de las cárceles privadas en Estados Unidos se desarrolla en el contexto político neoliberal de la era Reagan (1981-1989), cuyo programa se adhirió a la tendencia de privatizar los servicios tradicionalmente proveídos por el sector público, propiciando así la decisión de “liberalizar” la gestión carcelaria. La primera experiencia formal y estricta de privatización de las prisiones apareció recién en el año 1983 cuando la primera empresa privada vinculada al rubro, Corrections Corporation of America (CCA), se convierte en adjudicataria de contratos con los estados de Texas y Tennessee para el manejo de un centro de reclusión. Revisar: SCHLOSSER, Eric. *The Prison-Industrial Complex*. *Atlantic Monthly*. Consultado: 25 de enero de 2016. Traducción propia: <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/12/the-prison-industrial-complex/304669/>;

ARRAIGADA, Isabel. “Cárceles privadas: la superación del debate costo-beneficio”. En: *Política Criminal*. Santiago, Vol. 8, N° 15, 2013, pp. 211; SMITH, Phil. *Private Prisons: Profits of Crime*. *Covert Action Quarterly*, 1993. Consultado: 25 de enero de 2016: <http://mediafilter.org/caq/Prison.html>

⁷⁶¹ Desde el año 1991, unas 11 cárceles de Inglaterra y Gales han sido capitalizadas con la fórmula de Iniciativas de Financiación Privada –instrumentos financieros que permiten que consorcios de empresas de construcción, gestoras y bancos financien todo el proceso desde la construcción hasta la puesta en marcha por períodos de entre 15 y 25 años-, las mismas que son operadas por tres compañías en específico: G4S, Serco, y Sodexo. Es así que el Reino Unido contiene la mayor proporción de cárceles privadas de todo Europa, al tener, aproximadamente al año 2015, el 16% de su población penitenciaria albergada en este tipo de recintos; no obstante, se ha argumentado que su rentabilidad, seguridad, regímenes y efectos rehabilitadores no son mejores ni peores que las prisiones públicas, con lo cual la justificación de su introducción perdería fuerza. Revisar: CORCORAN, Mary. “La evolución de los mercados penales en tiempos de austeridad: el caso de Inglaterra y Gales”. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. *Universidad de Barcelona*. Barcelona, N° 8, 2015, pp. 127.

⁷⁶² En 1987, debido al continuo crecimiento de la población penal, el gobierno de Francia decidió, a través del denominado “Programa 13,000”, expandir su capacidad penitenciaria mediante la dotación de 15,000 plazas de nuevos establecimientos penitenciarios con la pretensión de mejorar la gestión, programa el cual se contextualiza en virtud de la ley del 22 de junio de 1987, que definió al sector penitenciario como un servicio público, lo cual permitió la participación del sector privado en la ejecución de las penas privativas de libertad y el mantenimiento de la seguridad pública. Revisar: ÁVILA HERRERA, José. “Algunas reflexiones sobre privatización de cárceles. Revisando algunas experiencias y promoviendo su debate”. En: *Debate Defensorial – Revista de la Defensoría del Pueblo*. Lima, N° 6, 2005, pp. 76; y, DUFRESNE, David. *Private prisons: facts, data and future prospects*. Disponible en: <http://prisonvalley.arte.tv/en/forums/discussion/41/private-prisons-facts-data-and-future-prospects/>. Consultado: 29 de enero de 2017.

⁷⁶³ En el marco de un contexto internacional que ponía énfasis en la privatización de las cárceles, y de una crisis nacional evidente del sistema penitenciario chileno, la solución que se ventilaba al interior del gobierno fue el llamado proceso de “Modernización del Sistema Carcelario”, alentado por el Presidente Lagos en el año 2002. En correspondencia, el Ministerio de Justicia de Chile facultó al Ministerio de Obras Públicas para dar inicio al proceso de licitación de las obras comprendidas en el primer “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria. Revisar: DAMMERT, Lucía y Javiera Díaz. “Cárceles privadas: ¿Modelo de gestión penitenciaria o inversión inmobiliaria?” En: *FLACSO Chile*. Santiago, Observatorio N° 5, 2005, pp. 04; y, ARRAIGADA, Isabel. “De cárceles y concesiones: privatización carcelaria y penalidad neoliberal”. En: *Revista de Derecho*. Santiago, Vol. XXV, N° 2, 2012, pp. 31.

⁷⁶⁴ Según José Ávila Herrera, se denomina como “privatización de cárceles” a la situación en la que el Estado delega a la empresa privada su función de ejecución de la pena de prisión. De igual manera, para Felipe Villavicencio, se entiende por “privatización de cárceles” la participación del sector privado en el tratamiento, la custodia o el castigo de personas detenidas o presas y en la administración de cualquier forma de trato o castigo que sea distinta de la reclusión, impuesta en virtud de una orden o sentencia de una corte o tribunal establecido por ley. Por su parte, Enrique Sanz señala que la prisión privada podría ser definida como aquella unidad penal cuya dirección y administración se encuentra a cargo de una entidad privada, permaneciendo bajo la responsabilidad del sector público en un régimen contractual con el Estado. Revisar: ÁVILA HERRERA, José. Op.Cit., pp. 72; VILLAVICENCIO, Felipe. *Introducción a la criminología*. Lima: Editorial Grijley, 1997, pp. 205; y, SANZ DELGADO, Enrique. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: EDISOFER, 2000, pp. 13.

Como señala Isabel Arraigada, las fórmulas tradicionales de participación privada ejercidas en la experiencia comparada pueden resumirse en tres modelos específicos: *i) el modelo de leasing, en virtud del cual las empresas privadas diseñan, construyen e implementan el recinto penitenciario para luego traspasarlo al Estado cuando éste haya pagado por dichas prestaciones; ii) el modelo de privatización, que traslada absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el Estado de su fiscalización; y, iii) el modelo mixto, que traslada algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento*⁷⁶⁵.

Nuestro país no ha sido ajeno a la experiencia privatizadora de los sistemas penitenciarios en los países occidentales ni a los modelos anteriormente referidos, toda vez que desde hace dos décadas⁷⁶⁶ hemos tenido aproximaciones y acercamientos respecto a la posibilidad de instaurar un modelo de participación privada en la gestión, y sobre todo, en el diseño y ejecución de las infraestructuras penitenciarias de nuestro país. Ello, siempre bajo la consigna de que el Estado requiere de mayores

⁷⁶⁵ ARRAIGADA, Isabel. Op.Cit., pp. 18.

⁷⁶⁶ Durante el gobierno transitorio del Presidente Valentín Paniagua (2000 – 2001), se nombró dentro del Ministerio de Justicia, una comisión oficial que realizó un viaje a Costa Rica para conocer directamente la experiencia de privatización de penales en dicho país, y con ello evaluar las posibilidades de una eventual incorporación del modelo. A raíz de esta visita, la comisión elaboró el Informe N° 001. Dirección Ejecutiva-COPRI, de fecha 02 de mayo de 2001, en donde se llegó a la conclusión de que “la participación del sector privado en la prestación de algunos de los servicios que brinda actualmente el Estado en materia penitenciaria, resulta no sólo importante, sino hasta cierto punto urgente”. Posteriormente, mediante Acuerdo N° 346-02-2001-COPRI, de fecha 21 de mayo de 2001, el gobierno aprobó entregar en concesión al sector privado nuevos establecimientos penitenciarios bajo los mecanismos de los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y N° 060-96-PCM. Es así que, con el propósito de conocer la viabilidad de la concesión de nuevos establecimientos penales en el país, y por en cargo de la (en ese entonces) Comisión de Promoción de la Inversión Privada COPRI (hoy PROINVERSIÓN), se suscribió –el 11 de febrero de 2002- un contrato de servicios con la empresa Carter Goble Associates inc. (CGA), la cual elaboró un Estudio de Diagnóstico del Sistema Penitenciario Nacional y Asesoría para el otorgamiento de Concesión de Nuevos Establecimientos Penitenciarios. A partir de ello, se elaboró el Plan Estratégico de Desarrollo de la Infraestructura Penitenciaria para el período 2003-2015, estudio que demostró la importancia de alcanzar estándares inconclusos debido a los reducidos recursos con los que contaba el INPE. A raíz de ello, en el año 2003, el Ministerio de Justicia elaboró el Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario, documento rector de la Política Penitenciaria (PNTP), el cual tuvo como fin solucionar definitivamente, y desde una perspectiva humanista y posible, el problema penitenciario en el Perú, contemplando, entre otros aspectos, la construcción de nuevas instalaciones penitenciarias. Paralelamente, con fecha 10 de agosto de 2004, el entonces Congresista Rafael Valencia-Dongo presentó ante el Congreso de la República, el proyecto de reforma constitucional N° 11122/2004-CR, el cual propuso modificar el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, para así permitir la entrega en concesión por 25 años a través de la aplicación de sistemas privados de establecimientos carcelarios, únicamente para los regímenes penitenciarios ordinario, cerrado, abierto y semiabierto. No obstante, el referido proyecto de ley fue archivado mediante Sesión N° 21, de fecha 17 de abril de 2006. Sin embargo, en marzo del año 2009, el gobierno del entonces Presidente Alan García Pérez desarrolló el Plan de Promoción de Inversión Privada, destinado a viabilizar la entrega en concesión a un operador privado de la construcción, equipamiento, mantenimiento y operación de un establecimiento penitenciario en la Región Lima. Bajo este contexto, y con fecha 07 de abril de 2010, PROINVERSIÓN anunció la Convocatoria para el Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión de dicho proyecto. Las Bases del Concurso se aprobaron en el mes de noviembre de 2010, las cuales especificaron que la Concesión sería del tipo DFBOT (Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia), por un plazo de 25 años. De otro lado, la versión final del Contrato de Concesión se aprobó en enero de 2011. El Proyecto estuvo muy bien encaminado, al punto de que la Adjudicación de la Buena Pro se llegó a efectuar sin ningún inconveniente a un Consorcio español conformado por tres empresas: i) Consorcio Monte Alto (empresa constructora), ii) Exeteco International Company (empresa operadora), y iii) Grupo Eulen (empresa de seguridad). Las tres empresas señaladas conformaron la Sociedad Concesionaria de Propósito Exclusivo denominada “Consorcio Virgen de la Merced”. No obstante, todo se cayó en el último tramo de este proceso, es decir, en las vísperas de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, toda vez que mediante Circula N° 45 de fecha 02 de diciembre de 2011, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN decidió cancelar el Proyecto y excluir el mismo del proceso de promoción de la inversión privada. PROINVERSIÓN no hizo mayor precisión respecto a los motivos que condujeron a la cancelación del proyecto. Sin embargo, todo parece indicar que dicha decisión se debió al cambio de gobierno que se desarrolló en esas fechas. Todo indicaría que el gobierno entrante del Presidente Ollanta Humala, en base a las opiniones vertidas por el representante del Sector Justicia de ese entonces, Francisco Eguiguren, consideró que el Proyecto no debía continuar, toda vez que la agenda política debía atender otras prioridades del momento. Curiosamente, es durante el gobierno del Presidente Humala que se promulga el DL 1229 en setiembre de 2015.

inversiones, sea del sector que fuere, para cubrir la brecha de infraestructura existente no sólo en este sector, sino también en otros relacionados a concesiones viales, de fuentes energéticas, entre otras⁷⁶⁷.

Hoy en día, la posibilidad de concesionar centros penitenciarios está mejor regulada en virtud de nuevos dispositivos normativos. Así, con fecha 25 de septiembre de 2015, fue publicado el Decreto Legislativo N° 1229, que declaró de interés público el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios en nuestro país (en adelante, “DL 1229”), y su reglamento, aprobado por D.S. N° 007-2016-JUS. Según la exposición de motivos del DL 1229, esta norma tendría la finalidad de “coadyuvar a la lucha contra el crimen organizado, a través de la reducción del hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y la mejora de la infraestructura y servicios penitenciarios, así como de las condiciones de seguridad y control conexas”. En este sentido, a través de la referida norma el Ejecutivo declaró de interés público y prioridad nacional la adopción de medidas necesarias para el mejoramiento e implementación de *servicios*⁷⁶⁸ que mejoren las condiciones de la infraestructura, administración, tratamiento y seguridad penitenciaria.

El DL 1229 establece una serie de modalidades de participación del sector privado en la referida actividad. Así, el artículo 5 señala expresamente que “se promueve la participación del sector privado en materia de financiamiento, diseño, construcción, mantenimiento, operación de la infraestructura, tratamiento y seguridad penitenciaria, bajo los mecanismos⁷⁶⁹ y reglas establecidos en el Decreto Legislativo N° 1012 (antigua norma de APP’s), el D.S. N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones), así como aquellas modalidades de promoción de inversión privada establecidas en el Decreto Legislativo N° 674.

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

Siendo esto así, podemos ver que el ordenamiento peruano, al momento de regular la entrega en concesión de centros penitenciarios, no utilizó la lógica de un ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras (EPCA), sino únicamente la una CPP sobre infraestructura pública. Es decir, el DL 1229 está fundamentado no en una colaboración público-privada en el ejercicio de funciones públicas, sino en una colaboración público-privada en la ejecución de proyectos de infraestructura.

Sin embargo, como hemos señalado en un inicio, no sólo se trata de una infraestructura pública, sino de una función pública del Estado que se plasma en la actividad y régimen de nuestro Sistema

⁷⁶⁷ Como señala Guasch, la participación privada en infraestructura ha sido motivada por una necesidad urgente de realizar enormes inversiones. Así, para mejorar el funcionamiento de la infraestructura y la cobertura, la mayoría de empresas estatales requeriría una importante financiación adicional; en este sentido, dada la escasez de fondos públicos y las necesidades de amplios sectores sociales, la mayoría de los países de América Latina y el Caribe optaron por transferir los servicios de infraestructura al sector privado. En: GUASCH, José Luis. *Concesiones en infraestructura: Cómo hacerlo bien*. Barcelona: The World Bank – Antoni Bosch Editor, 2005, pp. 20.

⁷⁶⁸ La categoría de “servicios”, para la presente investigación, adquiere una connotación peculiar debido a la naturaleza propia que lo define en el contexto que nos planteamos. Posteriormente se hará un análisis más profundo sobre este concepto en relación a la actividad penitenciaria.

⁷⁶⁹ Se entiende que, ahora, el DL 1229 se sustenta en la regulación establecida por el DL 1224, que derogó y/o modificó las normas anteriormente citadas, y que fue promulgado el mismo día que el DL 1229.

Penitenciario. Esto se aprecia de mejor manera al identificar todas las prestaciones que, dentro del paquete de concesión penitenciaria, podría realizar un operador privado.

Así, según el artículo 8 del DL 1229, las referidas prestaciones son las siguientes:

RUBRO	SERVICIOS
Infraestructura	Construcción
	Ampliación
	Remodelación
	Reestructuración
Administración	Alimentación
	Limpieza
	Mantenimiento
	Lavandería
	Control de plagas
Tratamiento	Material logístico y tecnológico
	Salud
	Educación
	Trabajo
	Actividades recreativas
Seguridad	Programas de rehabilitación para internos adictos (droga/alcohol)
	Seguridad exterior
	Equipamiento de seguridad
	Control e ingreso de visitas
Otros servicios vinculados y/o que se deriven de las necesidades propias de la política penitenciaria nacional y que se brinden al interior de los establecimientos penitenciarios	Implementación y administración de herramientas tecnológicas

Muchas de estas prestaciones ya son realizadas hoy en día por empresas privadas. En efecto, los servicios de alimentación, rehabilitación, salud, lavandería, educación, trabajo, entre otros, son actualmente actividades que incorporan constantemente la participación privada para su efectiva prestación.

No obstante, la seguridad se ha venido realizando constantemente a través de un trabajo conjunto entre el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y la Policía Nacional del Perú, en la medida en que se trata de una específica función pública de la Administración. Puede decirse que dicha actividad específica (seguridad) constituye el “núcleo duro” de la actividad penitenciaria, y a su vez, el elemento más reacio a la incorporación del proceso de Promoción de la Inversión Privada (PIP) en su estructura. Es por ello que, mediante el DL 1229, y en cuanto a dicha actividad, únicamente se estaría habilitando a las empresas privadas para que realicen prestaciones de seguridad exterior, equipamiento, control de visitas e implementación de herramientas de tecnologías⁷⁷⁰, manteniendo el INPE como entidad administrativa la competencia para el ejercicio de la seguridad interna.

⁷⁷⁰ Como los proyectos de Grilletes Electrónicos adjudicado al Consorcio Global Seguridad del Perú, y de Bloqueadores Celulares, adjudicado al Consorcio PRISONTEC en junio de 2014, ambos de la empresa Global Circuit Ltda.

Ello es clara muestra de que el DL 1229 no se configura como una ley destinada, de manera directa, a impulsar la participación privada en funciones públicas abiertamente identificables como lo sería, por ejemplo, la seguridad interna de los recintos penitenciarios. Su enfoque de una “gestión-operación” de la infraestructura penitenciaria, con el fin de mantener el enfoque de CPP sobre infraestructura, se limita a prestaciones simples y seguridad de menor intensidad⁷⁷¹.

Es decir, el DL 1229 ha tratado de no ingresar en cuanto a prestaciones de carácter de función pública en estricto, y ha pretendido limitarse a prestaciones que encajarían dentro de una común modalidad de CPP contractual en infraestructuras públicas. Por ende, el DL 1229 no plantea una modalidad de “concesión de función pública” mediante el fomento de la participación privada en el Sistema Penitenciario, sino que se direcciona en la tradicional estructura de concesiones de infraestructura pública que maneja el ordenamiento peruano. Sin perjuicio de ello, consideramos importante dar cuenta de que, si bien la seguridad (interna o externa) de los centros penitenciarios es susceptible de ser aislada de las otras prestaciones por su carácter de función pública en estricto, este sector es de por sí una función pública desde una óptica general.

Es decir, la actividad penitenciaria, incluidas todas sus prestaciones como infraestructura, seguridad, administración y tratamiento, constituye una función pública concreta⁷⁷², que es la función del régimen penitenciario regulado por la Ley N° 29809 (LOF del MINJUS), el D.S. N° 009-2007-JUS (ROF del INPE), el Decreto Legislativo N° 654 (Código de Ejecución Penal), entre otras. De modo que, así el DL 1229 habilite únicamente prestaciones simples, en conjunto configuran el régimen penitenciario que es responsabilidad directa del Ministerio de Justicia a través del INPE. Por lo tanto, el operador privado, si quiera de forma inintencionada, estará ejerciendo una función pública en virtud de la concesión correspondiente.

Mediante la concesión de un centro penitenciario en virtud del DL 1229, el operador privado se termina convirtiendo en una entidad colaboradora bajo la figura del EPCA, toda vez que su actividad está directamente vinculada al ejercicio de la gestión penitenciaria en todos sus ámbitos, lo cual es una auténtica función pública de la Administración. Pese a ello, y como venimos señalando, la existencia de facto de un caso de EPCA mediante concesión no supone que éste mecanismo sea el que, desde la teoría del derecho administrativo y marco legal vigente, permita el traslado de auténticas funciones públicas a los particulares; y asimismo, no desvirtúa la construcción que venimos realizando respecto a la inviabilidad jurídica de la “concesión de funciones públicas”, toda vez que, como señalamos, la referida norma no vincula el proyecto de concesión al ejercicio de una función pública, sino únicamente a la explotación y operación de una infraestructura estatal y prestación de otros servicios complementarios a la actividad penitenciaria.

3.2.4.2. Justificación de la utilidad práctica y económica de la concesión para ciertos supuestos de EPCA, más allá de las falencias teóricas

⁷⁷¹ Que incluso podría ser contrata mediante el sistema de LCE (contratación pública), en virtud del Decreto Legislativo N° 1213, que regula los servicios de seguridad privada.

⁷⁷² Si bien en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, se indica que la cárcel o actividad penitenciaria constituye un servicio público, ello es únicamente con fines de garantizar la continuidad de la actividad, sin huelgas por parte de sus trabajadores. Esta norma es de materia laboral, y por ello se engloban supuestos tan disímiles como la actividad penitenciaria, los servicios funerarios y la administración de justicia. No son servicio público en sí mismos, o en términos jurídicos, sino solo actividades que en función de dicha norma deben darse ininterrumpidamente, y por ello únicamente se regula los aspectos relacionados a la huelga y relaciones colectivas de los trabajadores involucrados en las mismas. Sobre este tema se abordará más en la sección correspondiente.

Debemos afirmar, no obstante, que la concesión, pese a sus falencias de índole teóricas relacionadas al EPCA, sí puede llegar a tener bastante utilidad práctica desde una visión estrictamente económica. A lo largo de la presente sección hemos dado argumentos por los cuales consideramos que la concesión no es un mecanismo que traslade funciones públicas de *poder* o de *autoridad* a los concesionarios. Y ello lo venimos respaldando también por la misma línea analítica del marco legal vigente en nuestro ordenamiento.

Pese a ello, consideramos que la concesión tiene una utilidad trascendental que se identifica de mejor manera cuando estamos frente a actividades con importantes incidencias desde la teoría de la regulación económica. Así, adelantamos en señalar que la concesión será de suma utilidad cuando la actividad en cuestión (sea incluso una función pública), involucran costos ocultos y/o eventuales fallas de mercado.

La concesión resulta una herramienta útil para mitigar eventuales fallas de mercado como los monopolios naturales, los cuales implican la presencia de subaditividad de costos en una actividad concreta⁷⁷³. La subaditividad de costos hace referencia a la situación en la cual una sola empresa produce un bien o presta un servicio a un costo igual o menor a que si dicha actividad fuera realizada por más de una empresa a la vez. Es decir, es más conveniente económicamente que dicha producción se realice por parte de una sola empresa que por dos o más.

La realización de una actividad económica resulta más eficiente si se realiza por parte de un único operante, toda vez que la presencia de más de un competidor sobre el mismo producto generaría aumentos significativos de costos y recursos. Es el caso de las infraestructuras públicas relacionadas a industrias de redes (como la transmisión y distribución eléctrica, o las redes de telecomunicaciones), en donde el óptimo se expresa en la no duplicación de éstas⁷⁷⁴.

Al usar el ejemplo de la infraestructura penitenciaria (que, desde el enfoque sólo de la infraestructura y sus servicios internos es una actividad económica), podemos identificar –salvando las diferencias– elementos característicos y muy ligados a los de un monopolio natural multiproducto (que implica el bien de la infraestructura más los servicios brindados en ésta). ¿Por qué afirmamos esto? Si bien los países aplican el sistema de “cárceles privadas” para contrarrestar el déficit de recintos penitenciarios en sus territorios (lo cual evidencia una falta o brecha de infraestructuras debidamente acondicionadas), no resulta eficiente que existan más de una infraestructura penitenciaria por “mercado geográfico”.

La idea de la expansión de centros penitenciarios es que éstos se distribuyan de manera ordenada según las necesidades de las Oficinas Regionales a lo largo del territorio peruano. Si dicha actividad estuviera sujeta a la libre iniciativa privada⁷⁷⁵ y bajo un sistema de competencia *en* el mercado, podrían aparecer recintos penitenciarios sin un estudio adecuado de distribución en función a las necesidades concretas de cada región. Es por ello que la concesión funciona como un sistema que restringe el

⁷⁷³ DAMMERT LIRA, Alfredo, Raúl García Carpio y Fiorella Molinelli Aristondo. *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2010, pp. 42.

⁷⁷⁴ Y en donde estaría presente también una economía de escala, que expresa la situación en la cual, al aumentarse la producción del bien y/o servicio (como, por ejemplo, el aumento de la distribución de electricidad) se reducen los costos medios de producción.

⁷⁷⁵ Liberalizada en cuanto a la actividad económica de las empresas que construirían y operarían las infraestructuras, y no en cuanto a la función penitenciaria en sí que no tiene “usuarios o clientes” determinados y por lo mismo no estaría bajo un esquema empresarial susceptible de ser liberalizado. Es decir, si vemos a las cárceles como el negocio de infraestructuras penitenciarias y su operación, estamos ante una actividad económica por donde quiera que se le vea, pero si vemos a las cárceles sólo como la función pública que es, entonces no sería ésta una actividad económica. Es ante esta complejidad que la concesión aparece como un útil instrumento que armonice ambos ámbitos.

número de posibles ofertantes y prestadores del servicio, como una solución a la presencia de monopolios naturales ligados a infraestructuras públicas, y en el presente caso, funciona como una restricción al número de eventuales operadores de centros penitenciarios (los que, sin llegar a ser exactamente monopolios naturales, tienen componentes muy parecidos a éstos).

En este sentido, y como bien señala Malaret García, más allá de los términos jurídicos utilizados y de la viabilidad misma de esa gestión a través de una u otra fórmula, *lo que está en juego es la posibilidad de restringir el número de entidades*⁷⁷⁶ que ejerzan o realicen las actividades cuya eficiencia depende del número limitado de ejercientes. La concesión resulta, entonces, un instrumento que permite reducir la oferta de una actividad en concreto, toda vez que el sistema de competencia se traslada desde un enfoque de “competencia en el mercado” a uno de “competencia por el mercado”. En la medida en que se trata de actividades de responsabilidad última de la Administración (sean actividades funcionales o prestacionales), la concesión permite reducir el número de participantes privados.

Es por ello que consideramos que, si el ejercicio de una función pública involucra el uso y gestión de una infraestructura pública, la mejor solución es que dicha operación se concrete a través del mecanismo de la concesión. Más allá de las oposiciones teóricas que hemos venido formulando, lo cierto es que, ante la presencia de una infraestructura pública vinculada al ejercicio de la función, se utilice el mecanismo que mejor se adecúa a este tipo de operaciones. La presencia de una infraestructura penitenciaria operada por privados no sólo implica el ejercicio de una función pública (régimen penitenciario), sino todo un esquema de proyecto que involucra obligaciones, derechos, responsabilidades, régimen de obras principales y adicionales, estudios complementarios, garantías, niveles de cumplimiento, montos de inversión y/o cofinanciamientos, retribuciones y pagos del concedente, penalidades, entre otros ámbitos, los cuales deben estar correctamente regulados en un documento que brinde seguridad jurídica para los partícipes, y esto se logra a través del contrato de concesión.

En consecuencia, la técnica concesional en el campo de las funciones públicas responde, en concreto, a dos circunstancias: *en primer lugar, la consideración relativa a la naturaleza –un tanto confusa– de las actividades ejercidas por estos entes; y, en segundo lugar, la opción por un número limitado y establecido a priori de los ejercientes privados de estas funciones*⁷⁷⁷. En este sentido, la técnica concesional, si bien no encaja jurídicamente con los fundamentos teóricos que moldean este título habilitante, su uso ha respondido en la mayoría de los casos a su función de restringir el número de ejercientes o prestadores de la actividad, y a la necesidad de regular adecuadamente todos los ámbitos relacionados a un proyecto de infraestructura pública a efectos de garantizar la seguridad jurídica.

3.2.5. Conclusión de la sección

Todos los argumentos detallados anteriormente deben servirnos para que, en conjunto, se pueda concebir la idea de que la concesión administrativa no es un instrumento que, desde la teoría jurídico-administrativa, permita el traslado de funciones públicas de *poder o autoridad* al privado concesionario. La concesión -desde un plano teórico y normativo- únicamente puede recaer sobre servicios públicos, infraestructuras públicas y bienes de dominio público, y por ello, quedarían fuera del alcance de este

⁷⁷⁶ MALARET GARCÍA, Elisenda. “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 116, 1988, pp. 327-328. Revisar también: CANALS I AMETLLER, Dolors. “El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración”. Op.Cit., 2010, pp. 43.

⁷⁷⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda. Loc.Cit.

instrumento las funciones públicas de la Administración (según los términos de nuestra investigación).

Pese a ello, y como hemos señalado anteriormente, desde una óptica práctica y estrictamente económica, la concesión constituye una herramienta útil cuando la función pública comprometida en virtud del EPCA implica la construcción, uso y/o gestión de infraestructuras públicas. Por lo tanto, haciendo un recuento de todos los argumentos vertidos en el presente apartado para desvirtuar la supuesta existencia de una fórmula de concesiones de funciones públicas, podemos señalar en línea generales que dicha figura está descartada debido a que:

- i) La definición de la concesión administrativa no puede ser tan amplia al punto de desdibujar sus límites concretos.
- ii) La concesión administrativa únicamente se vincula a actividades de naturaleza económica excepcionalmente excluidas de la libre iniciativa privada.
- iii) La concesión administrativa y la libre iniciativa privada constituyen elementos que se relacionan en la medida en que el primero se configura como un mecanismo que se aplica ante las restricciones del segundo (por la reserva de titularidades de determinadas actividades), y siendo la iniciativa privada un concepto directamente vinculado con la actividad económica, es lógico que la concesión también lo esté.
- iv) La concesión administrativa crea derechos únicamente en actividades que son susceptibles de crear derechos en los ciudadanos, como lo es precisamente la actividad económica.
- v) No se pueden crear derechos para realizar funciones públicas de autoridad o de poder, y no existe referencia legal alguna que señale que estas funciones tienen naturaleza de servicio público.
- vi) Nuestro ordenamiento jurídico, así como otros marcos legales como el español, ha regulado históricamente el mecanismo de la concesión como instrumento aplicable únicamente en los supuestos de servicios públicos (de alcance general o local), infraestructuras públicas, y bienes de dominio público.
- vii) La concesión, pese a las falencias teóricas presentes en su relación con el EPCA, es un mecanismo de mucha utilidad cuando la función pública que se traslada implica a la par la construcción y/u operación de una infraestructura pública.
- viii) En la medida en que la infraestructura penitenciaria (en cuanto actividad económica) presenta componentes muy relacionados a los de un monopolio natural multiproducto (sin llegar a serlo), y con ello, a una eventual falla de mercado por la existencia de subaditividad de costos; la concesión se configuraría como un medio de suma utilidad para restringir el número de ejercientes y garantizar mayor eficiencia económica, así como para brindar mayor seguridad jurídica mediante la regulación de todos los ámbitos económicos y legales en el respectivo contrato.

Desde una construcción teórica, que se respalda en los dispositivos normativos contemplados en nuestro marco legal, la concesión no traslada funciones públicas de *autoridad* o de *poder* a los particulares, de modo tal que el reto se encuentra en determinar cuál sería ese mecanismo idóneo (aunque quizá insuficientemente regulado) que viabilice correctamente esta operación en los supuestos que no involucren infraestructuras públicas.

Al respecto, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado algunos mecanismos que, lejos de estar enfocados en operaciones de naturaleza económica o prestacional (como lo es la concesión), se centran precisamente en la denominada actividad ordenativa de la

Administración. Es decir, nuestro marco legal –aunque de manera insuficiente- ha regulado algunos instrumentos directamente aplicables a la actividad funcional de la Administración, y que por ello podrían, quizá, encajar en la fórmula del EPCA por su directa relación con el ejercicio de funciones públicas y administrativas. Estos mecanismos, que pueden identificarse como técnicas de organización administrativa, son la “delegación” y la “encomienda de gestión”, instrumentos que serán abordados en los siguientes apartados.

3.3. La delegación administrativa

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

Una posible tesis que se plantea al respecto es que el traslado de funciones públicas a entidades privadas colaboradoras pueda constituir una técnica vinculada directamente a la organización misma de la actividad funcional de la Administración. Si las funciones públicas y administrativas están directamente relacionadas con la organización funcional de la Administración, entonces, quizá, la solución pueda estar dirigida en relación a los mecanismos organizacionales de la actividad misma, y que conforman, de acuerdo a la formulación hecha por Gallego Anabitarte, del Derecho de Organización⁷⁷⁸ de las Administraciones Públicas.

Nos referimos específicamente a las técnicas de “delegación administrativa” y “encargo de gestión”, recogidos en los artículos 76 y 80 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por D.S. N° 006-2017-JUS (TUO de la LPAG), respectivamente. La figura del EPCA, como se ha visto, lleva implícita una serie de elementos públicos que no siempre están debidamente alineados, siendo ello un foco de confusiones constante. Elementos como el ejercicio de la competencia, el ejercicio de las funciones y el ejercicio de la potestad inherente a los poderes públicos son usualmente señalados dentro de la construcción teórica de esta figura administrativa.

Estos elementos, que por lo común solemos intuir su contenido, no tienen usualmente una delimitación y definición concreta en el derecho positivo, de modo tal que en la generalidad de los casos se suelen utilizar como sinónimos. Atendiendo a este escenario, a lo largo de la presente investigación intentamos dar algunos acercamientos respecto a estos elementos con el fin de determinar suficientemente qué es lo que el EPCA, como figura, propone.

La figura del EPCA puede dar a entender, de manera confusa, que el privado ejercerá una función, una competencia o una potestad de la Administración pública. Como hemos señalado anteriormente, las funciones públicas implican el despliegue de poderes, potestades o ejercicio de autoridad. Pero también requieren ser ejercidas por quienes ostentan la competencia legalmente asignada para ello. ¿Por qué señalamos todo esto? Al abordar a fondo el contenido de las técnicas de delegación y

⁷⁷⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 21-55.

encargo de gestión en torno al esquema del EPCA es necesario tener los presupuestos conceptuales muy en claro, a fin de evitar referencias imprecisas.

La delegación y el encargo de gestión constituyen técnicas de organización administrativa que se involucran con el ejercicio de la competencia, función e incluso potestad de los entes públicos. En este sentido, para poder afirmar o desvirtuar si dichas técnicas administrativas son aplicables al EPCA, es menester entender qué implica específicamente el ejercicio de una función pública: ¿Un ejercicio únicamente de funciones? ¿Un ejercicio de competencias? ¿Un ejercicio de potestades?

En virtud de la doctrina nacional y comparada utilizada a lo largo del presente trabajo, y apoyándonos en el marco legal correspondiente (TUO de la LPAG), planteamos las siguientes definiciones respecto a los elementos antedichos:

- **Función:** Es el deber de acción estatal orientado al cumplimiento de un fin específico. Es la tarea concreta y directa que le corresponde realizar a determinados entes u órganos públicos. Palabras claves: *Lo que se debe hacer.*
- **Competencia:** Es el conjunto de funciones y atribuciones que legalmente le corresponde a una determinada entidad, órgano o autoridad pública en relación con las demás, conferida por el ordenamiento jurídico, y que legítimamente pueden ejercer en virtud de ello. Palabras claves: *Lo que se puede hacer.*
- **Potestad:** Es un elemento imperativo que ostenta la Administración y que, previa asignación a un determinado ente o funcionario público, puede crear e imponer unilateralmente situaciones y efectos jurídicos a terceros sobre su voluntad, para el cumplimiento de un fin público. Palabras claves: *Lo que permite y facilita el hacer.*

Tengamos estas definiciones presentes de modo tal que nos sirvan para perfilar de mejor manera las referidas técnicas. Comenzaremos la presente sección dando una descripción del contenido de la delegación administrativa, para posteriormente delimitar si se trata concretamente de una delegación del ejercicio de funciones, de competencias o potestades. Luego de ello, analizaremos si su contenido teórico y normativo es susceptible de ser aplicado en el esquema del EPCA, a la luz de nuestro marco legal vigente. Finalmente, revisaremos también el mecanismo del encargo de gestión por estar directamente vinculado a este tipo de fórmulas de colaboración, con la misma finalidad de analizar su posible aplicación a esta forma de colaboración entre Administración pública y personas jurídicas privadas.

3.3.1. Fundamentos de la delegación administrativa

El artículo 76 del TUO de la LPAG introduce el mecanismo de la *delegación de competencia* administrativa, el cual, como se ve, involucra en una sola frase dos elementos debidamente delimitados, que son la *competencia* y la misma técnica de la *delegación* de dicha competencia. En este sentido, el referido artículo 76 deberá ser interpretado de manera sistemática con otros preceptos normativos del TUO de la LPAG, en los que precisamente se dé mayor alcance al contenido mismo de la competencia administrativa. Sin perjuicio de ahondar posteriormente sobre el contenido de la *competencia* administrativa (como se hizo en secciones anteriores, y como se hará nuevamente en la presente sección con el fin de delimitar cuál es el contenido específico de la delegación), podemos remitirnos a la breve definición utilizada en párrafos anteriores, de forma tal que ésta nos sirva de instrucción didáctica para desarrollar las siguientes apreciaciones.

La competencia es el conjunto de funciones y atribuciones que le corresponde a una determinada entidad, órgano o autoridad pública en relación con las demás, conferida por el ordenamiento jurídico, y que legalmente pueden ejercer en virtud de ello. Tiene su fuente de origen en la Constitución y en las leyes (art. 70.1 del TUO de la LPAG⁷⁷⁹), de modo tal que todos los entes deben sujetarse al Principio de Legalidad (necesidad de una ley previa) que legitime sus respectivas acciones.

Atendiendo a esto último, se desprende una consecuencia clara la necesaria atribución legal de la competencia. Si la ley⁷⁸⁰ es la única que puede asignar una competencia a un ente, esta competencia le corresponde únicamente a dicho ente u organismo, no pudiendo éste renunciar o disponer libremente de su competencia. A ello se le conoce específicamente como el “*principio de irrenunciabilidad de la competencia*”, el cual se desprende del artículo 72 del TUO de la LPAG y que, consideramos, tiene su antecedente comparativo en el artículo 12 de la derogada Ley española 30/1992, Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJAP”), el cual señala expresamente que *la competencia es irrenunciable*⁷⁸¹.

La nueva norma española, que derogó la LRJAP, la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, (aprobada por Ley 40/2015, en adelante “LRJSP”), contempla igualmente dicho principio en su artículo 8, de modo que no hay cambio sustantivo en este aspecto. El TUO de la LPAG, aunque no de manera expresa, también da entender la existencia de este principio en nuestro ordenamiento al referirse al carácter “inalienable de la competencia administrativa” (artículo 72)⁷⁸². En este sentido, la competencia sólo podrá ser ejercida, en principio, por quien la tenga atribuida legalmente, no pudiendo su titular negarse o desentenderse del deber de ejercer su competencia de acuerdo al marco legal vigente.

Ahora, la rigidez del principio de irrenunciabilidad de la competencia puede, en algunos escenarios, ser un condicionante para situaciones poco eficientes en el desempeño de las labores administrativas. Como señala De la Vallina Velarde, *una consecuencia de la irrenunciabilidad de la competencia es que en aquellos casos en que el órgano no pueda ejercerla, por razones de hecho o de derecho, nos encontraríamos con que el actuar de la Administración sería imposible, quebrándose con ello -paradójicamente- el fin que toda atribución de competencias persigue.*

⁷⁷⁹ Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan. (...)

⁷⁸⁰ No obstante ello, la doctrina argentina reconoce que, en su ordenamiento, el reglamento también puede constituir fuente de competencia. Y en este sentido, se tendría que la norma habilitadora de la delegación de competencia podría revestir tanto naturaleza legal como reglamentaria. En tal caso, la norma que autorice la delegación deberá tener igual rango que la norma que atribuya al ente la competencia; si la competencia fue atribuida por ley, debe ser la ley la que autorice la delegación, y si fue un reglamento la fuente de la competencia, debe ser también un reglamento el que autorice su delegación. Sin perjuicio de ello, desde nuestro punto de vista no habría impedimento alguno para que una ley pueda autorizar la delegación de una competencia atribuida reglamentariamente, por un principio de primacía de normas, pero no sucedería esto de manera viceversa. Revisar: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo. Tomo I: Parte General*. 4^o ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, XII-24; y, CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 276.

⁷⁸¹ Ley 30/1992. (...) Artículo 12. Competencia:

1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente 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.

La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén. (...)

⁷⁸² Artículo 72.- Carácter inalienable de la competencia administrativa:

72.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo. (...)

Precisamente, el fin de toda atribución de competencias es el desarrollo, del mejor modo posible, de la actividad dirigida a la consecución de los fines que, institucionalmente, la entidad ha asumido como propios. De este modo, para conjugar el referido principio de irrenunciabilidad con un normal y permanente ejercicio de las funciones de la Administración⁷⁸³, el ordenamiento jurídico dispone de algunos mecanismos que armonicen ambos escenarios.

Estos mecanismos, como la delegación y el encargo de gestión, se presentan entonces como una solución de aquellos casos en que, por razones objetivas, no es posible el normal funcionamiento de los órganos. Así, en tales supuestos, para asegurar la continuidad y normal ejercicio de las funciones administrativas, el ordenamiento establece *a modo de válvula de seguridad, la posibilidad de que las competencias puedan ser ejercidas por órganos distintos de aquellos a los que en vía principal y normal le está confiado su ejercicio*⁷⁸⁴.

Podemos ver entonces que los mecanismos de delegación y encargo de gestión (junto con otros mecanismos recogidos en el TUO de la LPAG) surgen como “mediadores” entre el principio de irrenunciabilidad de la competencia administrativa (art. 72 del TUO de la LPAG), y la carencia de los medios materiales adecuados para el ejercicio de ésta⁷⁸⁵, por el otro. Esta situación es reconocida en el artículo 74 del TUO de la LPAG⁷⁸⁶, en el cual se advierte de la obligación de los entes administrativos de ejercer directamente su competencia⁷⁸⁷, salvo los supuestos de traslación de competencias que, precisamente, serán abordados a continuación.

3.3.2. Concepto de delegación administrativa

La delegación es una técnica administrativa que sirve de método de colaboración entre entidades u órganos administrativos del sector público. Es, ante todo, un mecanismo del que se vale la Administración para distribuir y organizar de manera más eficiente las labores que tiene asignada. Dicho instrumento, cuya regulación vigente dista bastante de ser perfecta -situación que se repite en el ordenamiento español⁷⁸⁸- se encuentra recogido en el artículo 76 del TUO de la LPAG, como se indica a continuación:

Artículo 76.- Delegación de competencia

- 76.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a otro al interior de una misma entidad.
- 76.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los

⁷⁸³ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. “La competencia administrativa y su ejercicio delegado”. En: *Documentación Administrativa*. Madrid, N° 70, 1963, pp. 30.

⁷⁸⁴ Ídem.

⁷⁸⁵ VILALTA REIXACH, Marc. *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, pp. 28.

⁷⁸⁶ Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

74.2 El encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia.

74.3 No puede ser cambiada, alterada o modificada la competencia de las entidades consagradas en la Constitución.

⁷⁸⁷ Algunos se refieren a este supuesto como el “principio de ejercicio directo de la competencia”, siendo una excepción a este principio, más que al de irrenunciabilidad- los supuestos de delegación y avocación. En: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco González Navarro. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, pp. 415.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, pp. 421.

- órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.
- 76.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.
- 76.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.
- 76.5 La delegación se extingue:
- Por revocación o avocación.
 - Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación.

Como se puede apreciar, la delegación administrativa está recogida en nuestro ordenamiento jurídico como una “delegación de competencia”. En este sentido, la delegación constituye una técnica (entre muchas otras⁷⁸⁹) de cooperación administrativa, y específicamente referida a la traslación competencial entre órganos o entidades.

Esta técnica administrativa, según De la Vallina Velarde, constituye una institución jurídica que tiene por presupuesto el concepto de competencia y por finalidad el de su efectivo ejercicio, corrigiendo con ello los inconvenientes prácticos que el principio de “irrenunciabilidad” de la competencia puede ocasionar⁷⁹⁰, tal como se indicó anteriormente. Indica el referido autor que dicha técnica es una *modalidad de transferencia de competencias, mediante la cual se faculta a un sujeto u órgano para que, por un acto administrativo no normativo, dictado exclusivamente por razones de oportunidad, confiera a otro sujeto u órgano inferior una nueva competencia, que materialmente es idéntica a las del delegante*⁷⁹¹.

Como bien señala Bassols, *el instituto de la delegación no debe ser nunca considerado como un fenómeno patológico de la vida de un ente, sino como una técnica organizativa normal que, ante todo, pretende perfeccionar el ejercicio de la competencia atribuida a un órgano*⁷⁹². En esta misma línea, Parada Vázquez señala que la delegación permite a un órgano (delegado) que ejerza por encargo las competencias de otro (delegante), *sin que por ello se altere el sistema objetivo de distribución de competencias*⁷⁹³. Igualmente, siguiendo a Carbonell Porrás, *la delegación es la técnica que permite que el titular de una competencia ceda su ejercicio a otro órgano administrativo, alterándose, en consecuencia, quién ejerce la competencia*⁷⁹⁴. Cassagne indica que la delegación constituye una técnica que traduce la posibilidad de producir el desprendimiento de una facultad por parte de un órgano que transfiere su ejercicio a otro⁷⁹⁵. De la misma manera, para Gordillo la delegación es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquella le corresponde, por la cual transfiere el

⁷⁸⁹ Junto a las técnicas de cooperación por traslación competencial, la doctrina también ha identificado formas de cooperación normativas (mediante las cuales, la regulación de una determinada materia se confía por escalones separados a dos o más entes), técnicas de cooperación orgánicas (empleadas para la gestión de la participación de los representantes de las distintas administraciones en la toma de decisiones estatales, como por ejemplo, las conferencias sectoriales); y técnicas de cooperación funcionales (como son el deber general de información, el deber de asistencia, la participación en procedimientos conjuntos, y las conferencias y convenios de gestión o colaboración). Revisar: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. 1. 2º ed. Madrid: Editorial Iustel, 2009, pp. 375-379; y, MARTÍN TIRADO, Richard. “Tutela sectorial, desconcentración administrativa de los ministerios y celebración de convenios de colaboración entre los ministerios y las empresas del Estado”. En: *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 800-801.

⁷⁹⁰ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. “La delegación de competencia”. En: *Documentación Administrativa*. Madrid, N° 24, 1959, pp. 19.

⁷⁹¹ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. Op.Cit., pp. 37.

⁷⁹² BASSOLS COMA, Martín. “La delegación de competencias en la Ley especial para el Municipio de Madrid”. En: *Documentación Administrativa*. Madrid, N° 70, 1963, pp. 83.

⁷⁹³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudios, comentarios y textos de Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 100.

⁷⁹⁴ CARBONELL PORRAS, Eloísa. “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2º ed. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 289.

⁷⁹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 275.

ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior⁷⁹⁶. En suma, se trata, según indica Santamaría Pastor, de una traslación del ejercicio de una competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma⁷⁹⁷.

Por su parte, en la doctrina local, Morón ha señalado que la delegación es una técnica de transferencia relativa de competencias, autorizada por ley, en virtud de la cual un órgano denominado delegante se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano -delegatario- al cual esa competencia no le había sido asignada⁷⁹⁸. Asimismo, Abruña indica que la delegación puede ser entendida en dos sentidos: uno amplio y otro estricto. El sentido amplio, señala el autor, es más propio del ordenamiento francés, en virtud del cual son susceptibles de delegación no sólo las funciones públicas en órganos administrativos, sino también la gestión indirecta de los servicios públicos en sujetos privados⁷⁹⁹. La delegación sería la técnica que permite la transferencia de funciones entre organizaciones de la propia Administración pública. Según indica el autor, y a lo cual nos adherimos íntegramente, el ordenamiento peruano parece acogerse al sentido estricto de la delegación⁸⁰⁰, pues el propio numeral 8 del Art. I del Título Preliminar del TUO de la LPAG así lo indica al diferenciar claramente entre concesión y delegación.

De este modo, a partir de las descripciones doctrinarias anteriormente referidas, podemos ver que la delegación tiene como finalidad, precisamente, el establecer un sistema de sustitución de los órganos o entes administrativos de modo tal que el actuar de la Administración se produzca de forma *intermitente y adecuada*⁸⁰¹. Este instrumento tiene entonces un objeto claro y directo, que es el de permitir la cooperación o colaboración entre entidades cuando las circunstancias hagan inviable el ejercicio normal de las tareas administrativas por parte de quien, en un principio, las tiene asignadas; generándose así relaciones jurídicas interorgánicas e interadministrativas⁸⁰².

En este sentido, la delegación no es una técnica que se presenta de manera arbitraria a la libre decisión de los entes de la Administración, como un evento común. Por el contrario, su utilización está sujeta, como indicamos, a circunstancias específicas y criterios de oportunidad, libremente apreciados por el delegante⁸⁰³, que se presentan en un momento determinado.

En esta lógica, tenemos que una entidad recurre al mecanismo de la delegación no porque desee desprenderse o desentenderse de sus obligaciones (lo cual sería una actuación ilegal), sino específicamente porque las circunstancias del contexto no le permiten cumplir eficaz y eficientemente sus labores. Por ello la delegación no es arbitraria o discrecional, sino estrictamente circunstancial y excepcional. Precisamente, los criterios que motivan y justifican la aplicación de este instrumento

⁷⁹⁶ GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XII-21.

⁷⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.Cit., pp. 356.

⁷⁹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 352.

⁷⁹⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 77-78.

⁸⁰⁰ Ídem.

⁸⁰¹ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. La competencia administrativa y su ejercicio delegado. Op.Cit., pp. 32.

⁸⁰² Como señala Dromi, las relaciones interadministrativas vinculan a dos o más personas jurídicas públicas estatales o no estatales, y se traducen en actividad externa con forma jurídica de actos administrativos, mientras que las relaciones interorgánicas vinculan a dos o más órganos de una misma persona pública, y se exteriorizan a través de simples actos de la administración. En: DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 743.

⁸⁰³ Como indica De la Vallina Velarde, el ejercicio de la competencia por el delegado se efectúa exclusivamente por razones de oportunidad, no teniendo por tanto razón de ser en un estado patológico de la organización administrativa, que daría lugar a otras figuras jurídicas, sino por un juicio de oportunidad en los casos en que la Ley lo permita, a fin de lograr un más adecuado cumplimiento de los fines de la Administración. En: DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. Op.Cit., pp. 31.

administrativo están señalados taxativamente en la norma, siendo estas circunstancias de índole *técnica, económica, social* o *territorial* (art. 76.1 del TUO de la LPAG). De modo tal que una entidad pública únicamente podría delegar algunas de sus funciones si se presenta alguno de estos criterios antedichos.

Se entiende de ello que, sólo cuando se presenta una circunstancia de índole técnica, económica, social o territorial, los entes de la Administración podrán valerse del mecanismo de la delegación administrativa. No obstante, es importante señalar que este instrumento no habilita a que cualquier función de la Administración pueda ser delegada, sino, como señala Morón, únicamente *las consideradas periféricas*⁸⁰⁴, excluyéndose evidentemente del alcance de este dispositivo a las actividades o funciones esenciales⁸⁰⁵ de la Administración⁸⁰⁶.

Pues bien, como se desprende del art. 76 del TUO de la LPAG, es el ejercicio de la competencia lo que se delega y no su titularidad (aspecto debatible en cuanto a la referencia del término “competencia”, y su relación con la “función propia” de los entes administrativos, que será abordado luego). Sin perjuicio de ello, sea competencia o función, podemos plantearnos una primera interrogante acerca de si efectivamente lo que se traslada es únicamente el ejercicio, u otro elemento adicional a éste.

En el transcurso de los años se han vertido una serie de teorías acerca del objeto mismo del acto de delegación, en el sentido de la forma en la que realmente opera este instrumento. Sobre esto, se han planteado hasta cuatro posturas, identificadas por De la Vallina Velarde⁸⁰⁷ de la siguiente manera:

1. “*La delegación se trataría de una orden administrativa.*”: Esta postura no es concebible por el hecho de que la delegación no puede constituir una orden de policía, toda vez que ésta restringiría la esfera jurídica del sujeto destinatario. Esto sería contrario a la naturaleza misma de la delegación, la cual amplía la esfera de competencias del delegado.
2. “*La delegación constituiría un nombramiento*”: Esta tesis, de origen francés, está igualmente descartada debido a que el nombramiento hace referencia a una persona física, mientras

⁸⁰⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 352.

⁸⁰⁵ Como bien señala Sayagués Laso, las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad como tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por él mismo. Por ejemplo, las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en el interior, funciones que le corresponden a determinados entes de la Administración. Tales funciones del Estado deben estar siempre a cargo de éste y no puede concebirse que sean encomendadas a particulares, ni aun en carácter de concesionarios, por ser indelegables. Esos cometidos son inherentes al Estado y deben ser ejecutados por él mismo, en forma directa. En: SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Montevideo: Talleres Gráficos Martín Bianchi Altuna, 1953, pp. 56.

⁸⁰⁶ El art. 76 señala expresamente que “son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación”. Con ello, la norma pretende evitar que el mecanismo de la delegación se convierta en un instrumento susceptible de ocultar desprendimientos ilegales de la Administración. Por simple lógica, podemos interiorizar que existirán funciones de las entidades administrativas que por ningún motivo podrían desprenderse de su titular, así se trate únicamente de su ejercicio. Las funciones o atribuciones esenciales que justifican la existencia del órgano o entidad, referidas en el artículo 76, son las denominadas funciones esenciales de la Administración. A su vez, la delegación no permite que el delegante traslade el ejercicio de la potestad normativa, o de resolución de recursos administrativos, así como tampoco las atribuciones recibidas por una delegación anterior (salvo norma expresa en el ordenamiento español), supuestos similares a los contemplados en el artículo 13.2 de la LRJAP. Independientemente de esto último, nuestro ordenamiento es claro en que las atribuciones recibidas por delegación no pueden ser al mismo tiempo delegadas (o “subdelegadas”) a otro órgano o entidad, toda vez que ello sería contrario al principio de legalidad que rige la actuación de la Administración pública. La delegación únicamente la puede realizar quien es titular de la competencia (o función), y no quien es únicamente ejerciente de la misma, siendo este el fundamento de la restricción del Artículo 76.2 del TUO de la LPAG.

⁸⁰⁷ DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. Op.Cit., pp. 51.

que la delegación se refiere al órgano en su totalidad, como persona jurídica y no como persona natural.

3. “*La delegación sería una autorización administrativa*”: O también conocida como la teoría del acto condicionado, del jurista italiano Flaminio Franchini⁸⁰⁸, señala que, mediante el acto de delegación, se remueven los límites que condicionaban la competencia del delegado. El delegado tendría ya de por sí una competencia atribuida previamente por el ordenamiento, cuyo ejercicio estaría condicionado al acto de delegación. No obstante, consideramos que esto es erróneo, toda vez que las competencias no están sometidas a una suerte de “condición suspensiva”, sino que son expresamente asignadas para su ejercicio inmediato y obligatorio por quien las ostenta.
4. “*La delegación sería una especie de concesión que confiere una nueva competencia al delegado*”: Esta es la postura de De la Vallina Velarde (asumida, entre otros, por Cassagne⁸⁰⁹), el cual señala que el acto de delegación crea una nueva competencia en la esfera jurídica del delegado, sin que con ello el delegante pierda su propia competencia.

Consideramos que la postura de De la Vallina Velarde no es correcta. La delegación es un instrumento que, si bien no transfiere la titularidad de la competencia, tampoco crea (y no podría crear) una competencia nueva. Su propia etimología lo evidencia. *Delegar* implica *trasladar* un elemento, y no crear uno nuevo. El sólo hecho de que nuestra norma señale expresamente que lo que se traslada es el ejercicio de la competencia, y no su titularidad (artículos 72 y 76 del TUO de la LPAG), da por descartada dicha interpretación, de modo tal que no debe haber mayor debate teórico respecto al esquema operativo de esta técnica administrativa: su objeto es sólo trasladar el ejercicio de una competencia, y no la titularidad o la creación de una nueva.

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

Lo señalado no significa que no existan formas alternativas que sí impliquen un desprendimiento total de la competencia, o asignación de nuevas competencias a otros entes, como los son específicamente los mecanismos de descentralización y desconcentración⁸¹⁰. No obstante, la técnica

⁸⁰⁸ FRANCHINI, Flaminio. *La delegazione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 1950. Fuente originalmente citada por: Ídem.

⁸⁰⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 276.

⁸¹⁰ Cabe señalar que el mecanismo de la delegación debe diferenciarse de otros instrumentos vinculados como la descentralización (Artículo 188 de la Constitución de 1993) y la desconcentración (Artículo 83 del TUO de la LPAG). Ambas figuras implican una nueva repartición, permanente y definitiva de funciones. Específicamente, la delegación es usualmente confundida con la desconcentración. Al respecto debemos señalar que, mientras que en la delegación se produce sólo un traslado del ejercicio de la competencia y por un tiempo determinado, en la desconcentración se genera una transferencia de la titularidad y ejercicio de la competencia asignada a un determinado órgano o ente, hacia otro jerárquicamente dependiente, de manera permanente y definitiva. Así, mientras la delegación constituye una mera transferencia del ejercicio -conservando el delegante su competencia-, la desconcentración es una transferencia total de titularidad. Esta transferencia definitiva de competencia no se realiza por un acto de delegación, sino por norma. Es un reajuste normativo de competencias en virtud del cual la titularidad y ejercicio de éstas pasa de un órgano determinado a otro de inferior nivel jerárquico, siempre dentro de la misma persona jurídica. La atribución de competencia siempre se realiza por norma jurídica, mientras que la transferencia de ejercicio se realiza por acto administrativo (con previa autorización normativa). La desconcentración implica una transferencia de competencias dentro de la misma persona jurídica, mientras que la delegación traslada el ejercicio de dicha competencia, incluso, a personas jurídicas distintas. Asimismo, tampoco debe confundirse la figura de la delegación con la de la avocación (artículo 78 del TUO de la LPAG). La avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del interior. Mientras la delegación supone el traspaso

de la delegación debe delimitarse de los anteriores supuestos, precisamente, porque ésta se trata únicamente de un mecanismo transitorio y no permanente (como sí lo son los referidos en líneas atrás).

En la delegación no se opera una modificación en la estructura administrativa (titularidad), sino sólo en su dinámica (ejercicio). La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene, sin modificarlo, en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido. En este sentido, *es sólo en la dinámica de la actuación administrativa en la que se produce sus efectos*⁸¹¹.

3.3.2.1. ¿Delegación de competencia o delegación de función?

La delegación permite, entonces, únicamente el traslado del *ejercicio* de la competencia, y no de la titularidad, lo cual es coherente con la figura del EPCA. Siendo esto así, ¿es el EPCA un supuesto de delegación administrativa? O mejor dicho ¿El EPCA, como figura teórica, tiene su conducción práctica en un mecanismo de delegación? Para responder esta interrogante, y verificar si la delegación es el instrumento adecuado a través del cual se debe trasladar las funciones públicas a los particulares, es importante delimitar, como señalamos al inicio de la sección, los conceptos involucrados en esta técnica administrativa.

La delegación del art. 76 del TUO de la LPAG hace referencia expresa a la traslación de competencia de un órgano o entidad, lo cual, consideramos, no es una terminología correcta según los fundamentos teóricos que subyacen este mecanismo. Existen varias razones por las cuales, sostenemos, la delegación no debería referirse a un traslado de la competencia, sino más bien a un traslado de la función. El art. 76 del TUO de la LPAG tiene su antecedente, como indicamos, en el art. 13 de la LRJAP (y hoy, en el art. 9 de la LRJSP)⁸¹², modificado por la Ley 4/1999, el cual señala expresamente lo siguiente:

Artículo 13. Delegación de competencias.

1. Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas. (...)

Asimismo, el referido artículo es reproducido en idénticos términos por el artículo 9 de la LRJSP (que derogó la LRJAP entrada su vigencia en 2016), señalándose de igual manera que: “*Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas*”.

genérico al inferior de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar una sola decisión del inferior. Revisar: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco González Navarro. Op.Cit., pp. 421-422; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 98; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.Cit., pp. 356; GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XII-23, XII-27; y, CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 287. Revisar también el Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública, elaborado por el Grupo de Trabajo creado por Resolución Ministerial N° 0177-2012-JUS, pp. 08.

⁸¹¹ GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XII-23.

⁸¹² Sin embargo, ambos artículos tienen una diferencia sustancial que no pasa desapercibida por quienes se han interrogado, en algún momento, acerca del alcance subjetivo del mecanismo de la delegación, como se verá posteriormente.

Es claro que tanto el ordenamiento español como el peruano hacen referencia a una delegación de competencias administrativas. No obstante, la doctrina no ha sido pacífica respecto a estos términos. Así, por ejemplo, González Pérez distingue entre la competencia, por un lado, y la atribución de funciones, por el otro. Señala el autor que es importante diferenciar la competencia propiamente dicha, de la mera atribución de funciones, pues se trata de dos nociones que no siempre coinciden en la práctica. Advierte que, por ejemplo, existirían supuestos de atribución de funciones a órganos diversos siendo titular de la competencia uno sólo de ellos; y supuestos de atribución de funciones a un solo órgano y de la competencia a varios⁸¹³.

Nosotros consideramos, si bien por otros fundamentos, que efectivamente la función es diferente a la competencia. La delegación del ordenamiento español y la delegación del ordenamiento peruano tienen en común esta inconsistencia (si bien tienen diferencias sustanciales que serán abordadas a continuación). Las funciones están directamente vinculadas a las tareas o cometidos administrativos. Se trata de tareas que deben ser cumplidas por la Administración⁸¹⁴, con contenido concreto (por ejemplo, la función de regular la tarifa de una determinada empresa del sector telecomunicaciones). Es, como advertimos, un deber de acción estatal o administrativo orientado al cumplimiento de un fin específico.

La función es la tarea que le corresponde realizar a determinados entes u órganos públicos, y por ello, se trata de un *deber hacer*. Ahora, para que las funciones puedan ser debidamente realizadas, deben estar enmarcadas dentro de una determinada competencia. Una entidad podrá realizar una función específica, pero si esta acción se realiza fuera o sin la competencia legal debidamente asignada, dicha actuación será irregular. La competencia es lo que legitima la actividad o función ejercida. Para que el ejercicio de una actividad sea legítimo y esté amparado legalmente por nuestro ordenamiento, debe existir previamente una competencia que el mismo ordenamiento jurídico asigne a quien pretende ejercer la función.

Como señalamos, la competencia es el conjunto de funciones y atribuciones que le corresponde a una determinada entidad, órgano o autoridad pública en relación con las demás, conferida por el ordenamiento jurídico, y que legalmente pueden ejercer en virtud de ello. En este sentido, la competencia es lo que legalmente puede ejercer un órgano o entidad. Si la función es la tarea que debe realizar la Administración, la competencia es el elemento que legitima el accionar de la Administración conducente a cumplir dicha función. En este sentido, lo que la Administración *debe* realizar, tiene que estar enmarcado dentro de lo que efectivamente dicha Administración *puede* realizar.

Cabe complementar que, para que la función (*deber hacer*), enmarcada en una correspondiente competencia (*lo que se puede hacer*) tenga mayor efectividad en relación al concreto interés público que se desee tutelar, el ordenamiento también atribuye a los órganos o entidades la facultad de valerse de potestades públicas⁸¹⁵, como un elemento que facilite y efectivice de mejor manera la consecución de los fines públicos correspondientes. Por ende, es distinto referirnos al ejercicio de la competencia y el ejercicio de la función. Como bien señala Gordillo (sobre quien discrepamos en el enfoque de dicha distinción), la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar⁸¹⁶.

⁸¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco González Navarro. Op.Cit., pp. 415.

⁸¹⁴ ESCOLA, Héctor. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989, pp. 87.

⁸¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 146.

⁸¹⁶ De este modo, la competencia no es una “aptitud de obrar”, que sería la función investida normativamente al órgano o entidad, sino una “aptitud legal de obrar”. En: GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XII-11.

En este sentido, para Gordillo el ejercicio de la función sería un género, y el ejercicio de la competencia sería la especie⁸¹⁷. La norma atribuye una función a un determinado órgano, para que dichas funciones sean legítimamente ejercidas dentro de una determinada competencia. Si dicha función, asignada por ley, es realizada sin contar con la debida competencia, la actuación será irregular, inválida, pero seguirá siendo una actuación atribuible a la funcionalidad del órgano que la realiza⁸¹⁸, toda vez que, *la competencia condiciona la validez del acto, pero no la condición propia como acto estatal o no*⁸¹⁹.

Coincidimos con Gordillo en que el ejercicio de la función y el ejercicio de la competencia son alusiones diferentes que no hacen referencia al mismo contenido. No obstante, no consideramos que, al plantearse dicha delimitación, se deba considerar que, por un lado, exista un ejercicio de funciones, y que, por el otro, un ejercicio de competencias de forma aislada, separado uno del otro estructuralmente. Lo que sí consideramos es que, al hacer referencia al ejercicio de funciones y competencias, si bien no se trata del mismo contenido (porque competencia y función es diferente), debe considerarse que ambos elementos son dependientes entre sí. El ejercicio de uno no puede realizarse sin la participación del otro.

El ejercicio de funciones necesariamente debe estar respaldado por la legalidad, es decir, por la competencia de quien efectivamente las ejerce. Si las funciones se ejercen sin una competencia que las respalde, dicho ejercicio deviene en irregular, por no cumplir con el requisito de legalidad. El ejercicio de las funciones no sirve si no va de la mano de la competencia. De la misma manera, un ejercicio de la competencia sería inútil si éste no conlleva su vez el ejercicio de las tareas o funciones asignadas al titular de dicha competencia; y es que técnicamente no es posible hablar propiamente de un “ejercicio de competencia” de manera aislada.

El ejercicio de competencia únicamente es concebible en la medida en que ésta implique la realización de actividades concretas, debidamente identificadas. Si la competencia es un elemento que legitima el actuar concreto (el ejercicio de la función) de la Administración, sería extraño hablar de un ejercicio aislado de ese componente legitimante. La competencia, si se ejerce sólo como competencia (sin funciones) resulta un “*casco vacío*” que no conllevaría a una producción concreta de actividades. Por lo tanto, no nos parece adecuado plantear una distinción práctica entre ejercicio de la competencia y ejercicio de la función como señala Gordillo. Si bien se trata de elementos diferentes, el ejercicio de uno no puede comprenderse sin la presencia del otro.

El ejercicio de la competencia, para que sea útil y coherente la afirmación, debe incluir también el ejercicio de la función contenida en dicha competencia. De igual forma, el ejercicio de una función debe necesariamente tener de respaldo una previa competencia asignada, de modo tal que todo ejercicio de función implique de por sí un ejercicio de competencia. Por lo tanto, la referencia a un

⁸¹⁷ Ídem.

⁸¹⁸ Esto quiere decir que podrán existir actuaciones públicas que, si bien tienen la calidad de ser de carácter estatal, serán actuaciones estatales irregulares si no han sido realizadas por quien posea la competencia correspondiente. Por ejemplo, un acto administrativo dictado sin el requisito de la competencia es un acto irregular y carente de validez, pero aun así sigue siendo un acto del Estado pese a que no produzca ningún efecto jurídico. De este modo, si la actuación se realiza fuera de la competencia, podrá ser una actuación irregular, evento en el cual no obstante ser contrario a la regla, conservará el carácter estatal por la función que el órgano o entidad correspondiente pueda tener asignada; pero no será una actuación legítima. La competencia implica que una determinada actuación pública está siendo ejercida legítimamente por quien le corresponde. Revisar: VELEZ MUNERA, Alejandro. *Competencia y Jurisdicción Administrativa. Tesis de grado para el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socio-económicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1979, pp. 60.

⁸¹⁹ GORDILLO, Agustín. Loc.Cit.

ejercicio de la competencia debería entenderse, en todo caso, como un “ejercicio de las funciones contenidas en la competencia”, o de un “ejercicio competente de las funciones”.

Es cierto que, en el uso común de los términos, la sola referencia a un ejercicio de competencias o funciones suele usarse como sinónimos, lo cual, por un lado, es positivo pues podría hacer entender que las funciones y las competencias van de la mano, pero por otro lado puede ser negativo, en la medida en que conlleve a identificar como iguales dos elementos distintos entre sí. El art. 76 del TUO de la LPAG es claro en indicar que la delegación tiene como objeto el traslado de un ejercicio de la competencia. Esta afirmación, consideramos, debe ser entendida en virtud de la comparación que hemos realizado anteriormente. La competencia que el art. 76 hace referencia no sería, entonces, una competencia aislada (que carecería de contenido), sino una competencia cargada de funciones concretas.

De este modo, si lo que se traslada en virtud de la delegación es un ejercicio concreto de actividades o funciones de determinados entes u órganos de la Administración, creemos que sería más adecuado hacer referencia a una delegación de funciones, antes que una delegación de competencia. La delegación supone un “paliativo” a la tensa situación que se crea cuando, por un lado, se encuentra el principio de irrenunciabilidad de la competencia, y por el otro, el deber de la Administración de cumplir los fines que tiene encomendada. La delegación no ingresa a alterar el orden natural de las competencias administrativas (como sí lo hace, por ejemplo, la desconcentración), sino que sirve de anclaje para una mejor distribución de la labor frente a determinados supuestos de oportunidad.

La titularidad de la competencia la sigue manteniendo el delegante, competencia la cual le sirve para realizar ciertas funciones atribuidas previamente por la norma. Si la competencia que posee la Administración es para realizar legítimamente ciertas funciones, es claro que lo que se delegue no sea otra cosa que el mismo ejercicio de las funciones o actividades concretas.

La delegación no altera el sistema de asignación de competencias. Entonces, lo que la delegación traslada no es exactamente un ejercicio aislado de competencia, sino específicamente un ejercicio de funciones que, en principio, le competen al órgano o entidad delegante. El delegado ejerce, en virtud de la delegación, dichas funciones, las cuales (y adviértase) no se ejercen sin competencia alguna, toda vez que la competencia para el ejercicio de éstas las posee el delegante.

Es decir, la delegación crea una situación en la que un órgano o entidad competente (delegante) realiza “indirectamente” sus funciones a través de un ente delegado, de modo tal que dichas funciones, al final, se ejercen ordinariamente sin estar desprovistas de la competencia que las legitime. Siendo esto así, es entendible que dicha técnica esté vinculada, de manera más exacta, a un traslado efectivo de funciones (ejercidas en virtud de la debida competencia del titular delegante), antes que a un traslado de competencia sin más.

Por ello, una terminología más precisa de la norma hubiera estado plasmada si el art. 76 del TUO de la LPAG hiciera referencia a la *delegación de funciones*. Ello, en suma, se correspondería también con otras disposiciones de la norma, en las que sí se hace referencia expresa a una delegación de funciones administrativas. Así, tenemos que el Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, al detallar quiénes son considerados como “entidades” de la Administración pública, hace referencia, en su numeral 8, a entidades del sector privado que ejercen *función administrativa por delegación*.

Art. I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: (...)

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

El citado artículo no hace referencia las competencias administrativas, sino específicamente a las funciones. Independientemente de la identificación de las personas jurídicas bajo régimen privado como “entidades” de la Administración (aspecto que será abordado luego), es de notar que el mecanismo de la delegación es indicado sin la presencia del elemento competencial.

Dicho numeral 8 no deja de ser un tanto confuso por la poca precisión que hace respecto a los mecanismos y las actividades que giran en torno a dichas entidades privadas. La referencia a una “prestación de servicios públicos o ejercicio de función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización” no deja de ser una afirmación del todo ambigua e imprecisa⁸²⁰.

Sin perjuicio de ello, podemos observar que el art. 76 y el numeral 8 del Art. I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, si bien están directamente vinculados, no hacen referencia al mismo elemento. Por un lado, se hace mención a una delegación de competencias, y por el otro se da a entender la existencia de una delegación de funciones. Y como también señalamos, competencias y funciones no son sustancialmente idénticas, de modo tal que, sostenemos, la norma podría ser un poco más precisa en el desarrollo del mecanismo de la delegación.

Por lo tanto, a la pregunta acerca de qué es lo que efectivamente se traslada en virtud del mecanismo de la delegación administrativa, debemos responder que se trata de una delegación de funciones competentemente atribuidas. No se trata sólo de funciones, ni tampoco sólo de competencias, sino precisamente de funciones cuyo ejercicio es realizado, en principio, por quienes son competentes para ello, y excepcionalmente, por quienes las reciben por delegación (con la competencia latente en el delegante). Ahora, corresponde analizar si éste instrumento es el idóneo para trasladar funciones públicas en un esquema de EPCA, es decir, de participación privada en el ejercicio de funciones, en una relación de colaboración.

3.3.3. Análisis de la posible aplicación de la delegación administrativa en el esquema del EPCA

Anteriormente, hemos definido al EPCA como una técnica administrativa que parte de la *idea* general de colaboración público-privada, en la que se produce un traslado de auténticas funciones públicas a

⁸²⁰ Así, en un inicio, parece hacerse alusión a un supuesto de prestación de servicios públicos, tanto por concesión, como por delegación y autorización. De la misma manera, algunos podrían interpretar que el ejercicio de funciones administrativas también podría darse por concesión y autorización, además de la delegación. Estas interpretaciones son erróneas y deben descartarse de origen. La autorización es un mecanismo que no es compatible con el ejercicio de funciones administrativas o públicas, o con la prestación de servicios públicos, toda vez que dicho instrumento implica la existencia de un derecho previo, el cual no es concebible en la actividad funcional de la Administración, ni tampoco en el ámbito de los servicios públicos (cuyo instrumento aplicable es precisamente la concesión, por crear éste un derecho nuevo en el concesionario). A su vez, hemos descrito en secciones anteriores que los servicios públicos únicamente pueden encomendarse por concesión, y de la misma manera, hemos ya descartado la posibilidad de que la concesión administrativa sea un instrumento aplicable a los supuestos de ejercicio de funciones administrativas⁸²⁰ o públicas. De la misma manera, es inconcebible plantear la posibilidad de que, mediante el instrumento de la delegación, se pueda encomendar la prestación de servicios públicos a los particulares. La delegación administrativa (art. 76 del TUO de la LPAG) es únicamente una técnica de organización administrativa que gira entorno a las competencias y funciones de los entes y órganos de la Administración, y no respecto a la actividad prestacional de servicios públicos.

la esfera de ejercicio de personas jurídicas privadas, para que las realicen bajo estrictos estándares de calidad, eficiencia, a cambio de un beneficio económico derivado de la ejecución de la función pública trasladada. De la misma manera que el servicio público constituye un concepto jurídico que, correspondientemente, tiene su manifestación en una actividad concreta (por ejemplo, servicio público de telecomunicaciones – telefonía fija), y tiene un mecanismo específico para su traspaso a la esfera de actuación privada (concesión). El EPCA también puede manifestarse en una actividad concreta (funciones de control de seguridad y calidad industrial, por ejemplo), y, por lo mismo, debe tener mecanismos específicos que viabilicen dicho traslado.

Si bien, como señalamos, usualmente se han utilizado los mecanismos de la autorización y concesión como típicas herramientas para trasladar funciones públicas y administrativas, creemos que el traslado de funciones públicas bajo una figura de EPCA debería recaer en un mecanismo directamente vinculado a la estructura y naturaleza de esta operación. Al respecto, parte de la doctrina nacional⁸²¹ ha apuntado que la delegación administrativa podría acomodarse como una herramienta adecuada para viabilizar estas formas de colaboración. No obstante, a continuación, revisaremos los argumentos por los cuales consideramos que, pese a las excelentes interpretaciones que se den en torno a esta figura, la delegación no es un mecanismo suficiente ni adecuado para concretar el esquema del EPCA.

Desde nuestro punto de vista, para que la delegación pueda ser el instrumento adecuado que concrete la figura del EPCA en nuestro ordenamiento, deben cumplirse los siguientes tres supuestos:

1. Que la delegación configure un traslado efectivo de funciones públicas.
2. Que la delegación permita el traslado de funciones públicas a entidades privadas.
3. Que la delegación constituya un mecanismo de colaboración suficiente, atrayente y dinámico en su relación con las entidades privadas colaboradoras.

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

3.3.4. Primer supuesto: la delegación debe trasladar funciones públicas

Hemos demostrado que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina revisada anteriormente, la delegación administrativa está directamente referida a un traslado de funciones más que a un traslado de competencias (en específico, funciones competentemente distribuidas). También, en el transcurso de esta investigación hemos diferenciado, dentro de la actividad de la Administración pública, las funciones administrativas genéricas de las funciones estrictamente públicas, por tener estas últimas un componente de potestades o ejercicio de autoridad.

En este sentido, ¿es la delegación un supuesto de traslado de funciones públicas, funciones administrativas, o funciones en general? Consideramos que el art. 76 del TUO de la LPAG se enfoca en una delegación de funciones públicas (en los términos definidos en esta investigación), por las siguientes dos razones:

- i) El contenido de la delegación administrativa es relativamente amplio (obviando los supuestos excluidos expresamente), al punto de poder incluirse en él no sólo actividades meramente materiales, sino también y sobre todo actividades de

⁸²¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Loc.Cit.

contenido jurídico o resolutorio que implicaría, en determinados supuestos, el ejercicio de autoridad.

- ii) Existe otro mecanismo recogido en el TUO de la LPAG cuyo contenido está mucho más vinculado a un traslado de funciones administrativas simples, materiales, sin componentes de potestad o autoridad, denominado Encargo de Gestión (que será posteriormente analizado). Por lo tanto, la delegación, como mecanismo diferente a este último, debe estar relacionado a otro tipo de funciones administrativas, que desde nuestro punto de vista constituyen las funciones públicas.

La delegación, en efecto, supone una transferencia real del ejercicio de las competencias delegadas, es decir, es la entidad delegada quien actúa o ejercita directamente dicha competencia (o función) bajo su propia responsabilidad (aunque en nombre del delegante), afectándose con ello los elementos sustantivos de la competencia. En este sentido, mediante la delegación se realiza un auténtico traslado del ejercicio de competencia, que indudablemente abarca la posibilidad de trasladar el ejercicio de funciones de autoridad –resolutivas- a los delegados. No se trata sólo de actuaciones materiales, sino también actuaciones de naturaleza jurídica y resolutoria⁸²², es decir, de auténticas funciones públicas.

Ello se desprende del mismo artículo 76 del TUO de la LPAG, en el que se señala, como supuesto excluido del ámbito de alcance de la delegación, la posibilidad de delegar las atribuciones (...) *para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto del recurso* (...) y que *los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia* (...). De acuerdo a ello, la facultad para emitir actos jurídicamente vinculantes a terceros con evidente eficacia pública, implica el ejercicio de una auténtica función pública.

Y es que, como bien señala Vilalta Reixach, *la delegación de competencias ha venido considerándose no sólo como un instrumento para dotar de mayor coherencia a la organización administrativa, sino también como una técnica para conseguir otros objetivos de carácter político-administrativo, como pueden ser el acercamiento de la gestión administrativa a los particulares o la atribución de nuevos ámbitos de responsabilidad y de capacidad de actuación a determinadas entidades públicas*⁸²³. Siendo esto así, la delegación administrativa cumple con el primer supuesto señalado anteriormente. La delegación, en virtud del art. 76 del TUO de la LPAG, sería un instrumento que permitiría el traslado de funciones públicas a la entidad u órgano delegado, funciones que en principio corresponden ser ejercidas únicamente por el titular delegante.

Si el EPCA es una figura que explica la forma de colaboración entre Estado y privados para el ejercicio de auténticas funciones públicas, la delegación encajaría (preliminarmente) en este esquema, al tratarse de un mecanismo que canaliza el traslado de concretas funciones a determinados órganos o entidades. La delegación, por ende, cumpliría con este primer supuesto. La delegación es un instrumento que traslada funciones públicas. Corresponde, entonces, evaluar si dichas funciones públicas pueden ser trasladadas concretamente a la esfera de ejercicio de las entidades privadas, es decir, de personas jurídicas de derecho privado.

3.3.5. Segundo supuesto: el traslado debe aplicarse en personas jurídicas privadas

De antemano debemos señalar que las teorías en torno a este supuesto de delegación chocan bastante, principalmente por lo “estirado”, aunque interesante, que puede resultar el razonamiento que subyace

⁸²² VILALTA REIXACH, Marc. *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, pp. 207.

⁸²³ Ídem.

a una posibilidad de delegación intersubjetiva a personas jurídicas privadas. ¿Cuál es el argumento que se ha utilizado para afirmar que la delegación permite este tipo de traslado de funciones a sujetos privados? Lo explicamos a continuación:

Según el artículo 76.1 del TUO de la LPAG, “las *entidades* pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras *entidades* cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente”. La pregunta al respecto es ¿qué entendemos por *entidades* según el referido artículo? Para responder ello, debemos revisar el artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, referido al ámbito de aplicación de la norma de procedimiento administrativo. Dicho artículo señala que la Ley “será de aplicación para todas las *entidades* de la Administración Pública”, e inmediatamente después se detalla una relación de los organismos (o sujetos en general) que pueden ser considerados como entidades de la Administración.

Al respecto, el numeral 8 del referido artículo (en adelante, “art. I.8”), hace expresa referencia a “las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”, descripción imprecisa y criticada en su momento⁸²⁴. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que la única forma de reconocer que la delegación constituya un mecanismo susceptible de ser aplicado en relaciones intersubjetivas con entidades privadas, es entendiendo que la referencia del art. 76 a “entidades” incluye a las personas jurídicas privadas del art. I.8. Esta identificación se puede apreciar de mejor manera en el siguiente cuadro:

Artículo 76 del TUO de la LPAG	Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG
76.1 Las “ entidades ” pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras “ entidades ” cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. (...)	Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “ entidad ” o “ entidades ” de la Administración Pública: (...) 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, “ delegación ” o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Como se puede apreciar, las “entidades” a las que se refiere el art. 76 del TUO de la LPAG deben ser las entidades indicadas en el art. I del Título Preliminar, y en este sentido, las personas jurídicas de derecho privado (art. I.8), como “entidades” de la Administración, estarían dentro del alcance del art. 76 en virtud de una interpretación sistemática.

Como señala Abruña, (...) *aunque lo normal es la delegación entre organismos públicos, a tenor del artículo 67 LPAG [hoy, artículo 76 del TUO de la LPAG] en relación con el artículo I.8 LPAG, pareciera que en el ordenamiento peruano también es posible la delegación de funciones públicas en entes privados de origen privado*⁸²⁵. Para Abruña, es posible que una persona jurídico-privada pueda ejercer funciones público-

⁸²⁴ Inexactitud producto de la referencia indistinta a ciertos mecanismos y las actividades que le corresponden. En específico, por entremezclar el mecanismo de la concesión con el ejercicio de funciones y el mecanismo de la delegación con la prestación de servicios públicos, y finalmente por la presencia del mecanismo de la autorización que no corresponde a ninguna de dichas actividades.

⁸²⁵ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Op.Cit., pp. 78.

administrativas por delegación, en donde los privados actuarían como vicarios de la Administración delegante⁸²⁶.

Como indica el autor, puede admitirse la delegación de función pública en un sujeto jurídico-privado con dos condiciones: a) *que el instrumento de delegación tenga rango de ley, o que previamente se haya habilitado por ley al organismo respectivo*; y, b) *que en el ejercicio de la función se cumplan con los requisitos formales propios del ejercicio de poder público*. En consecuencia, *sólo son poderes públicos los indicados en los incisos 1 a 7 del art. I LPAG y los sujetos privados sólo actuarán como tal poder público cuando ejerzan por delegación expresa, con las condiciones establecidas, funciones públicas administrativas*⁸²⁷.

En esta línea, la delegación en sujetos privados debe tener como presupuesto una Ley previa de habilitación. Estando presente ello, la delegación podría ser aplicada sin mayor restricción en las relaciones con personas jurídicas de derecho privado. Sin embargo, ¿son, verdaderamente, entidades de la Administración Pública las personas jurídicas privadas referidas en el art. I.8? Queda claro que de la redacción del art. 76 del TUO de la LPAG, la referencia a que “las *entidades* pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras *entidades*”, se está haciendo alusión a que una “entidad pública” puede delegar el ejercicio de su competencia (o función) en otra entidad pública o quizá también privada (lo cual es materia de discusión).

Lo que sí no se discute, no obstante, es que esa “primera entidad” del art. 76 (la entidad que delega) necesariamente debe ser pública, toda vez que únicamente puede delegar el ejercicio de competencias (o funciones) quien es titular de éstas, y únicamente pueden ser titulares de competencias públicas los entes u órganos del sector público. Además, es también claro que dicha “primera entidad” es necesariamente de carácter público, toda vez que no es posible que una persona jurídica privada (de admitirse la interpretación que las incluye en objeto del art. 76) delegue las competencias asumidas a su vez por delegación, de acuerdo al numeral 76.2 del artículo citado anteriormente.

En este sentido, el art. 76 al momento de señalar la posibilidad de que un organismo u órgano público pueda delegar el ejercicio de su competencia, hace referencia directa al término “entidad”, y siendo esto así, parecería lógico que la “entidad” que recibe la delegación sea igualmente de carácter público, toda vez que la norma no establece criterio de distinción entre ambas referencias. Otro hubiera sido el escenario si la norma señalara que “las entidades del sector público” pueden delegar el ejercicio de su competencia en otras “entidades públicas o privadas”. No obstante, el art. 76 utiliza la misma terminología “entidad” para ambos casos (delegante y delegado). Teniendo en claro que “entidad delegante” sólo puede ser pública, lo correspondiente sería que la “entidad delegada” también lo sea.

Sin embargo, este último criterio es el que genera ambigüedades a raíz de una lectura e interpretación sistemática con el art. I.8, dándose a entender en muchos casos que la terminología “entidad”, en nuestro ordenamiento, no se limita únicamente al ámbito del sector público, sino que se extendería también a otros supuestos. Sobre ello nos corresponde abocarnos a continuación:

3.3.5.1. Sobre la identificación de las personas jurídicas privadas del art. I.8 del TUO de la LPAG como entidades de la Administración

La referencia a personas jurídicas bajo régimen privado es, de por sí, una expresión ambigua y poco clara, toda vez que, por un lado, puede convenir a personas jurídicas estatales que actúan bajo régimen

⁸²⁶ *Ibidem*, pp. 94-95.

⁸²⁷ *Ibidem*, pp. 96-97.

privado, y por el otro, a personas jurídicas no estatales creadas por personas privadas o por corporaciones públicas⁸²⁸. La poca claridad en cuanto a la referencia a la persona jurídica de derecho privado tiene su origen en la misma naturaleza de las personas jurídicas, de por sí, bastante enredada en cuanto a terminologías y fuentes de origen.

La doctrina ha distinguido distintos tipos de personas jurídicas, sea en calidad de entes públicos o privados bajo distintos regímenes igualmente públicos y privados⁸²⁹. No obstante, preferimos ceñirnos a la siguiente clasificación ajustada un poco más a nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo a ello, podremos encontrar:

Personas jurídicas estatales:

- **De derecho público:** Los típicos entes orgánica y funcionalmente estatales, y que realizan auténticas funciones público administrativas, que son la expresión más completa del Estado, por ejemplo, los Ministerios, los Organismos constitucionales autónomos, Gobiernos descentralizados, Organismos públicos ejecutores, Organismos públicos especializados, entre otros.
- **De derecho privado:** Son entes que forman parte orgánica del Estado, pero que tienen una composición privada en cuanto su régimen, constituidos usualmente como sociedades anónimas. Ejemplo de ello son algunas empresas del Estado, como SEDAPAL, Agrobanco, Editora Perú, entre otras.

Personas jurídicas no estatales:

- **De derecho público:** Entes a los cuales la Constitución y las leyes otorgan determinada autonomía funcional, usualmente creados por Ley, de naturaleza privada, pero de régimen de derecho administrativo en cuanto a las actividades públicas que realicen, como los Colegios Profesionales (ej. CAL) y el Comité de Operación Económica del Sistema (COES).
- **De derecho privado:** Algunas cuyo régimen puede parecer mixto por su eventual desempeño de funciones público administrativas, pero sin llegar a alcanzar un régimen integral de derecho público, como las Universidades públicas, las Cámaras de Comercio (como la CCL), los Concesionarios de servicios públicos (como EDELNOR); y otras cuyo origen y régimen es netamente privado (auténticos agentes del sector privado), como universidades privadas, restaurantes, tiendas comerciales, etc.

Al respecto, cabe preguntarnos a qué tipo de persona jurídica se refiere el art. I.8 cuando alude a las “personas jurídicas bajo el régimen privado”, es decir, de “derecho privado”. Como vimos, las personas jurídicas bajo el régimen o derecho privado pueden ser, por un lado, las *personas jurídicas no estatales* creadas y reguladas por el mismo sector privado (por ejemplo, Cencosud); y por el otro, *personas jurídicas estatales* que actúen bajo un régimen de derecho privado, como lo son algunas empresas estatales. Un claro ejemplo de esto último es la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), la cual es una persona jurídica pública estatal (adscrita al FONAFE), pero regida por el derecho privado y constituida como sociedad anónima⁸³⁰.

⁸²⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. ¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? Op.Cit., pp. 131-132.

⁸²⁹ GORDILLO, Agustín. Op.Cit., XIV.22 – XIV.36.

⁸³⁰ Esta persona jurídica estatal, de derecho privado, presta un servicio público, lo cual podría dar pie a que se interprete que su naturaleza calce en el ámbito del art. I.8 (*personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos*). No obstante, SEDAPAL no presta el servicio en virtud de una concesión administrativa, sino exclusivamente

Al respecto, podría haber la posibilidad de que la referencia del art. I.8 esté dirigida a las entidades o personas jurídicas estatales de derecho privado, por ejemplo, a empresas del Estado como SEDAPAL, y no precisamente a las entidades “puramente” privadas. De ser afirmativa esta interpretación, se descartaría la posibilidad de entender la referencia del art. I.8 como una susceptible de ser aplicada en personas jurídicas privadas de derecho privado, y consecuentemente, la inviabilidad de una interpretación subjetiva amplia (delegación a privado) del art. 76 del TUO de la LPAG.

No obstante, descartamos el anterior planteamiento en la medida en que las empresas del Estado (sean o no prestadoras de servicios públicos) no ejercen sus actividades en virtud de una autorización, concesión o delegación, sino en virtud de sus propias leyes de creación y las disposiciones de la Ley de Actividad Empresarial del Estado, y por ello no serían sujetos pasivos del enunciado del art. I.8 del TUO de la LPAG. Sin perjuicio de esta afirmación (que al fin y al cabo puede ser cuestionable), y con el fin de absolver la interrogante de este apartado, nos enfocaremos (como sujetos pasivos del art. I.8) únicamente en las personas jurídicas privadas creadas por personas privadas, es decir, auténticos privados.

¿Pueden ser estas personas jurídicas verdaderos entes de la Administración pública? Como señala Martín Tirado, una de las razones para considerar como “parte de la administración pública” a personas jurídicas bajo el régimen privado, fue el interés del Estado en proteger las relaciones de dichas personas jurídicas con sus usuarios⁸³¹. En este sentido, el TUO de la LPAG ha expresado claramente que, dentro del alcance de la categoría de entidades de la Administración, calzarán las personas jurídicas auténticamente privadas que presten servicios públicos por concesión, o ejerzan función administrativa por delegación.

Siguiendo a Martín, en la medida que la concesión es un título habilitante por el cual la empresa concesionaria presta un servicio público cuya titularidad la tenía reservada el Estado, es un título razonable y adecuado para hacer extensiva la aplicación del TUO de la LPAG y admitir la ficción por

por su misma Ley de creación (Decreto Legislativo N° 150 y las disposiciones de la Ley N° 26338), lo cual no se condice con la mecánica establecida en el art. I.8 del TUO de la LPAG. Ante esto, podría también interpretarse que SEDAPAL (y en general, la mayoría de las empresas estatales), como ente adscrito al FONAFE, empresa de derecho público adscrita -a su vez- al Ministerio de Economía y Finanzas, estaría englobada dentro del ámbito genérico del numeral 1 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG; es decir, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, específicamente en cuanto a los Ministerios y los entes adscritos a éstos. Este argumento podría tener cabida en la medida en que, cuando se trata de empresas del Estado de derecho público que, según se entiende, ejercen determinadas potestades públicas (como el Banco de la Nación o PERUPETRO), éstas se encontrarían sometidas al régimen de derecho público, y con ello, englobadas dentro del ámbito de aplicación del TUO de la LPAG, en conformidad con el numeral 7 del Artículo I del Título Preliminar; mientras que, cuando se trate de empresas del Estado desprovistas de estas facultades (como los supuestos de empresas de economía mixta o también denominadas empresas del Estado con accionariado privado, y las empresas accionariado minoritario del Estado -que nos técnicamente consideras empresas del Estado- de acuerdo al art. 5 de la Ley N° 24948), la aplicación del derecho privado es completamente factible, y por ello, no nos encontraríamos ante supuestos recogidos por el numeral I.7 del TUO de la LPAG, sino ante supuestos abarcados genéricamente por el numeral 1 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG. No obstante, consideramos que las empresas del Estado no están, en principio, recogidas en ninguno de los numerales del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, toda vez que esta categorización no es orgánica, sino únicamente funcional; es decir, se detallan las entidades a las cuales les es aplicable íntegramente las disposiciones del procedimiento administrativo por el hecho de que ejercen funciones administrativas y, eventualmente, potestades públicas. Por ello, no se trata de detallar qué entidades forman parte de la Administración Pública en forma orgánica, ni de qué entidades están incluidas en la estructura orgánica del Estado (lo cual indudablemente sí es propio de las empresas estatales), sino únicamente detallar a qué entidades les será aplicable el régimen de derecho público administrativo, y como sabemos, la gran mayoría de empresas del estado tienen un régimen de derecho privado. Respecto a la inclusión de algunas empresas del Estado en el numeral 1.7 del TUO de la LPAG, revisar: MARTÍN TIRADO, Richard. Tutela sectorial. Op.Cit., pp. 796.

⁸³¹ MARTÍN TIRADO, Richard. “Los actos administrativos en el régimen de las personas jurídicas del régimen privado”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 6, N° 12, 2012, pp. 171.

la cual se considera a estas empresas como entidades de la Administración Pública⁸³². Aquí surgen dos planteamientos directos: i) las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos por concesión o ejercen función público-administrativa por delegación del art. I.8 son efectivamente consideradas como entidades de la Administración; o, ii) no son consideradas entidades de la Administración, pero por la naturaleza de las actividades que realizan deben ser susceptibles de la aplicación del régimen de derecho administrativo.

Consideramos que la verdadera intención del ordenamiento peruano fue, precisamente, la de extender la aplicación del régimen de derecho administrativo a este tipo de personas jurídicas, específicamente con el fin de tutelar los intereses y derechos de los usuarios o administrados que se involucran con ellas, y no la de darles específicamente calidad de entes de la Administración.

Al respecto, el art. III del Título Preliminar del TUO de la LPAG señala lo siguiente:

Art. III.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública **sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados** y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

[Subrayado y resaltado agregados]

La finalidad de esta Ley, como bien señala Morón Urbina, está enfocada en una triple dimensión. En primer lugar, debe servir a la protección del interés general; debe ser garantía de los derechos e intereses de los administrados; y finalmente busca la sujeción de cualquier actuación administrativa al ordenamiento constitucional y legal⁸³³. En este sentido, el TUO de la LPAG no es solo un cuerpo normativo para regular los procedimientos administrativos de la Administración, sino que tiene un fin subyacente ligado a la tutela del interés público y protección de los derechos de los administrados. Es esta la finalidad de la referida Ley y la justificación del por qué se precisa el alcance de sus normas. Conforme a ello, todos los dispositivos de esta norma deberán ser interpretados de acuerdo a la finalidad de ésta, es decir, en dirección a una tutela efectiva del interés público y derechos de los administrados.

En consecuencia, consideramos que la verdadera intención del art. I, a la luz del Artículo III del Título Preliminar del TUO de la LPAG, no es (o por lo menos no de manera principal) la de indicar qué organismos o sujetos son considerados entidades de la Administración, sino específicamente la de precisar hasta dónde se extiende el ámbito de aplicación de las normas del procedimiento administrativo general para atender su finalidad última.

Esta idea, a su vez, se desprendía claramente del anteproyecto de la Ley que propuso la modificación de esta norma en el año 2012, propuesto por el Grupo de Trabajo aprobado por Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS (en adelante, “el Anteproyecto de reforma de la LPAG”), antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272 (que modificó la LPAG) el 21 de diciembre de 2016; en el cual se reforzó la idea de que las personas jurídicas privadas que ejercen función administrativa o prestan servicios públicos no ven disminuidas ni alteradas sus cualidades de sujeto privado⁸³⁴.

⁸³² *Ibidem*, pp. 174.

⁸³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 59.

⁸³⁴ El anteproyecto referido, en cuanto a las precisiones al Artículo I del Título Preliminar, señaló, en la página 02, expresamente lo siguiente: “(...) Como es de conocimiento general, el TUO de la LPAG es hoy también aplicable a las relaciones que se establecen entre los que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa (en función a una concesión, una delegación o una autorización) y los usuarios de esos servicios, a pesar de que ninguno de ellos es funcionario o servidor público. En tanto y en cuanto los alcances de lo actualmente prescrito en dicha norma podrían

Así, el referido anteproyecto tuvo como pretensión el reforzar la idea de que, mediante la incorporación de las personas jurídicas de derecho privado en el ámbito de alcance del art. I (sobre qué son consideradas administraciones públicas), éstas no pierden su naturaleza privada, pero en la medida en que prestan “una importante actividad estatal”, se deben sujetar a ciertas pautas y directrices del procedimiento administrativo. Con ello, se apunta al verdadero objetivo del art. I del TUO de la LPAG, que no es el de definir lo que debe entenderse como Administración pública, sino específicamente el de determinar cuáles son las entidades o sujetos a los que se les debe aplicar dicha norma.

Siendo esto así, es claro que al momento de definirse hasta dónde puede llegar el alcance de estas normas, se tomó en cuenta no sólo a los sujetos estatales en sus diferentes expresiones, sino en general a cualquier sujeto que, por la importancia y trascendencia que su actividad genera en el interés público e intereses de los administrados, merece someterse a las reglas del TUO de la LPAG para así garantizar la tutela de dichos bienes jurídicos. Hablamos, en efecto, de las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos o ejercen funciones públicas, en colaboración con la Administración. Sobre estos, es claro que, por no tratarse de organismos o personas jurídicas del sector público, no forman parte de la estructura orgánica del Estado, y por ello, no son precisamente entidades de la Administración pública.

No obstante, en la medida en que las actividades que realizan son propiamente actividades de responsabilidad del Estado, debe realizarse una suerte de “ficción” para que, únicamente en el ejercicio de tales actividades, puedan someterse a las reglas de dicha norma como si se trataran de una auténtica entidad del Estado. En este sentido, el TUO de la LPAG crea una suerte de ficción jurídica para considerar a estas empresas que pertenecen al régimen privado como entidades de la administración pública, solo para efectos de la aplicación de la Ley. Como bien apunta Martín Tirado, *les son aplicables algunas disposiciones de la LPAG realizando una ficción jurídica que las permite asimilar como tales entidades solo para efectos de las relaciones de estas empresas con los particulares*⁸³⁵.

Esta interpretación, desde luego, es aplicable a toda empresa o sujeto privado que realiza actividades susceptibles de ser reglamentadas por las normas del procedimiento administrativo, sea bajo el título que sea (atendiendo precisamente a que el EPCA, por ejemplo, no tiene un mecanismo definido, como se verá luego). Sin perjuicio de ello, es claro que el art. I.8 se refiere directamente a las empresas concesionarias de servicios públicos, y a las entidades privadas colaboradoras de la Administración en el ejercicio de funciones públicas y administrativas (independientemente del título que lo habilite).

Pero ninguna de estas entidades privadas son verdaderas entidades de la Administración pública. No forman parte del Estado, mas ello no constituye impedimento para que les sean aplicables ciertas normas del derecho administrativo (como sucede en el caso de los Colegios Profesionales⁸³⁶). Sobre

alterar la naturaleza privada de las personas jurídicas o entidades involucradas, ahora se plantea incluir un segundo párrafo al numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar, en el cual se señala que ‘los procedimientos aplicados por las personas aquí involucradas se rigen por lo previsto en esta Ley y en lo que les fuera aplicable, y de acuerdo son su naturaleza privada’. Se refuerza así la idea de que no se está perdiendo la naturaleza privada que ya se tiene, pero que sí deben respetarse ciertas pautas, en tanto y en cuanto se está ante una persona que presta una importante actividad estatal (servicio público, ejercicio de función administrativa). Se apuntala así de mejor manera el objetivo de esta disposición, el de determinar cuáles son las entidades a los que se le aplica el TUO de la LPAG, no correspondiendo aquí, como algunos erróneamente han entendido, tratar de encontrar una definición de lo que debe entenderse como Administración Pública en el Perú.”

⁸³⁵ MARTÍN TIRADO, Richard. Op.Cit., pp. 178-184.

⁸³⁶ Pese a ello, algunas veces se ha considerado que los Colegios Profesionales formarían parte de las denominadas “entidades de la Administración Pública” señaladas en el Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, sobre

la base de ello, consideramos que las entidades del art. I.8 del TUO de la LPAG no son verdaderas entidades de la Administración pública, y no deben ser consideradas como tales. Lo único que existe es una ficción jurídica que las asimila como entidades de la Administración para efectos de la aplicación de la regulación de esta norma en atención del interés público⁸³⁷.

Sostenemos, entonces, que las personas jurídicas del art. I.8 no son entidades de la Administración pública, y que la real intención del TUO de la LPAG, sobre este artículo, no fue dar detalle sobre qué es una entidad de la Administración, sino más bien la de precisar hasta qué punto llega el alcance de sus disposiciones, en atención de la finalidad del Art. III. Con ello, estaríamos desvirtuando la interpretación amplia del art. 76, toda vez que, si con “entidades” nos referimos únicamente a los sujetos del sector público, incardinados en la estructura orgánica del Estado, entonces la aplicación del referido artículo no alcanzaría a las personas jurídicas del sector privado.

Si las personas jurídicas de derecho privado, como dijimos, únicamente ingresan en una suerte de ficción jurídica (que también señalamos como innecesaria) para que se les aplique algunas normas del TUO de la LPAG con el fin de proteger los intereses de los administrados, la relación de esta lógica con el contenido de la delegación administrativa va tomando distancia. Ello se debe a que la delegación, de acuerdo al art. 76, no es un mecanismo diseñado específicamente para regular algún procedimiento administrativo en específico, sino que se trata más bien de una fórmula de organización administrativa para una mejor distribución y ejercicio de las competencias y funciones al interior de la Administración pública. Se trata, como indicamos al inicio del presente capítulo, de un mecanismo organizacional de la Administración.

Prueba de ello, por ejemplo, es que el ordenamiento español haya derogado la LRJAP para crear dos cuerpos normativos separados. Por un lado, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público - “LRJSP” (Ley 40/2015), la cual recoge los dispositivos vinculados a la misma organización administrativa (en donde figura el mecanismo de la delegación). Y por el otro, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – “LPAC” (Ley 39/2015), referida exclusivamente al procedimiento administrativo y en donde no figura regulación alguna de la delegación.

En este sentido, la delegación constituiría un mecanismo de regulaciones relativamente distintas a las reglas del procedimiento administrativo, que se enmarca más bien en las regulaciones de la estructura,

lo cual coincidimos parcialmente. Ello en la medida en que no serían entidades de la Administración Pública orgánicamente hablando, mas debemos recordar que la clasificación hecha en el referido artículo no es una de tipo orgánica, sino únicamente funcional, es decir, enfocada en la finalidad de la extensión de las reglas del procedimiento administrativo para los entes que realicen, de alguna u otra manera, función administrativa, y como sabemos, los Colegios Profesionales desempeñan funciones administrativas en la mayor parte de sus actividades. Siendo esto así, los Colegios Profesionales no encajarían en el numeral I.8 pues no hay un instrumento específico de traslación de funciones administrativas (más allá de la ley de creación), en su accionar; sin embargo, y de acuerdo a los fundamentos de la Resolución N° 0079-2017/CEB-INDECOPI (Exp. N° 00321-2016/CEB), los Colegios Profesionales podrían encajar en el numeral 6 del Artículo I, toda vez que son “Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía”, y como sabemos, el artículo 20 de la Constitución les otorga esta característica. En conclusión, los Colegios Profesionales no forman parte orgánica del Estado, siendo personas jurídicas no estatales, pero de derecho público, en virtud de sus leyes de creación y en virtud del mismo artículo 20 de la Constitución. Son entidades a las cuales les es aplicable, en la mayor parte de sus actividades, las disposiciones del TUO de la LPAG, en la medida en que, por “ficción jurídica”, son considerados “entes de la Administración” únicamente para estos efectos por el mero hecho de ejercer funciones administrativas (las cuales realizan por disposición de las leyes).

⁸³⁷ Es más, consideramos que dicha ficción jurídica es innecesaria. Hacer alusión a una ficción jurídica implica que, para ciertas circunstancias, dicha entidades serán consideradas como parte de la Administración, por más que ya hallamos señalado que la intención de la referida Ley no es darles tal calidad, sino darles alcance de sus normas por la naturaleza de la actividad que realizan. Por ello, fácilmente podría decirse que la Ley es de alcance a todas las auténticas entidades de la Administración, así como a las personas jurídicas privadas que realizan determinadas actividades, sin la necesidad de crear ficciones subjetivas.

organización y actuación de los órganos públicos de forma introspectiva. Es decir, la delegación no está comprendida natural y teóricamente como una vía de participación procedimental del administrado, sino más bien como una forma de canalización de la actividad interna de la Administración⁸³⁸.

Por ende, las “entidades” que se vinculan con el órgano delegante no parecen estar referidas a personas jurídicas de derecho privado bajo ficción alguna, sino específicamente a las entidades propias de la administración (sector público). Conforme a ello, consideramos que las personas jurídicas de derecho privado (auténticos privados) no forman parte de la Administración pública, y, por lo tanto, no pueden ser consideradas como entidades de la misma.

Existe sólo una ficción jurídica de alcance subjetivo para efectos de la aplicación de ciertas disposiciones del TUO de la LPAG, pero consideramos que incluso es innecesaria plantear dicha ficción, por los argumentos señalados anteriormente. Ahora, si bien afirmamos que las personas jurídicas del art. I.8 no son propiamente entidades de la Administración, cabe preguntarnos sobre la naturaleza misma de los actos que, en virtud de la aplicación extensiva del TUO de la LPAG a su accionar, emiten éstas entidades. Nos referimos, específicamente, a los conocidos “actos administrativos” emitidos por personas jurídicas privadas.

3.3.5.2. Sobre la posibilidad de que personas jurídicas privadas emitan actos administrativos: posición a favor

El acto administrativo es una figura que ha sido tratada innumerables veces por la doctrina, y que por sí mismo justifica el desarrollo de trabajos más extensos y enfocados principalmente en su análisis. Por ello, no pretendemos ahondar de manera exhaustiva sobre la naturaleza y alcance del acto administrativo, sino únicamente comprender sus principales características a efectos de determinar si, a raíz de éstas, es posible que un privado pueda ser creador de los mismos.

Precisamente, uno de los principales problemas que se desprenden de la institución del acto administrativo es la variedad (excesiva variedad, diríamos) de pronunciamientos respecto a su definición en términos de fondo, más allá de las teorías que lo definen únicamente por su carácter procesal⁸³⁹. No obstante, nos resulta de suma trascendencia apoyarnos en los comentarios del

⁸³⁸ Sin perjuicio, claro está, de que a través de la delegación el delegado pueda interactuar y relacionarse con los administrados.

⁸³⁹ Muchas veces se ha pretendido definir al acto administrativo en función a los actos susceptibles de ser impugnados judicialmente a través del contencioso-administrativo. Con el fin de salvaguardar los derechos de los administrados y garantizar así una tutela jurisdiccional efectiva, y para no dejar fuera del control judicial alguna posible actuación administrativa que vulnere derechos de los administrados, los ordenamientos se manejaron en la línea de definir al acto administrativo de forma muy amplia y ambigua, para que así casi cualquier actuación pueda entrar en el contencioso. Al respecto, como bien indica Bocanegra Sierra, “el acto administrativo pasó a cumplir una función que en realidad no le correspondía, la de convertirse en la principal puerta de entrada a la tutela judicial efectiva, en el criterio de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa”. En sentido, “la necesidad esencial de contar con un acto administrativo institucionalmente consistente y unitario en cuanto a su funcionalidad, sus fines, sus principios y su régimen jurídico y la no menos terminante exigencia del aseguramiento de la tutela judicial a los ciudadanos frente a la actividad administrativa, ha conducido irremisiblemente a una quiebra efectiva de la noción de acto administrativo”. De la misma manera, señala Huapaya Tapia que “uno de los grandes defectos teóricos que ha impregnado en las diferentes concepciones del acto administrativo lo constituye la influencia de la visión impugnatoria o revisoria del proceso contencioso-administrativo en la construcción del concepto doctrinal del acto administrativo. Así, “ante los peligros de denegación de justicia debido al dogma revisor, se optó por desarrollar un concepto amplio o genérico del acto administrativo, a fin de lograr la plenitud de la revisión jurisdiccional de todas las decisiones administrativas, en la idea de no dejar resquicio libre de control jurisdiccional, razón por la cual se ensanchó innecesariamente el concepto de acto administrativo”. Revisar: BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Editorial Iustel, 2005, pp. 21-22; y, HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Propuesta de una interpretación del concepto de Acto

profesor Huapaya Tapia, quien, en la línea de las formulaciones hechas por el profesor español Bocanegra Sierra, ha contribuido bastante en el esclarecimiento de esta figura a la luz de nuestra legislación vigente.

3.3.5.2.1. Concepto de acto administrativo: el acto *regulador*

Como bien indica Huapaya, a diferencia de otros ordenamientos, el nuestro ha visto por bien definir legalmente lo que es un acto administrativo⁸⁴⁰. Así, de acuerdo al Artículo 1 del TUO de la LPAG:

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

Como se puede ver, el TUO de la LPAG define al acto administrativo como toda declaración destinada a producir efectos jurídicos sobre la esfera jurídica de los administrados, en una determinada situación. Al respecto, se ha señalado que, al tratarse de declaraciones de la Administración, el acto administrativo estaría vinculado a una suerte de declaración de voluntad, o, en otras palabras, a una forma de negocio jurídico. No obstante, el acto administrativo no se reduce únicamente a una declaración de voluntad destinada a modificar una situación jurídica, sino que abarca otra serie de declaraciones que no exteriorizan, necesariamente, la “voluntad” de la Administración y/o no modifican situaciones jurídicas específicas.

El TUO de la LPAG, en atención a esta situación, contempla una referencia general al término “declaración”. No señala que se trate de una declaración de voluntad específicamente, sino que extiende el alcance a otros tipos de declaraciones sin exclusión. Como bien señala Morón, comúnmente se reduce el acto administrativo a aquellas actuaciones que contienen una manifestación de voluntad administrativa. Sin embargo, también son actos administrativos las certificaciones, las inscripciones, las constancias, etc., supuestos en los cuales propiamente la autoridad no posee una manifestación de su querer⁸⁴¹.

En este sentido, por “declaraciones de las entidades”, en relación al acto administrativo, se ha entendido a toda: i) declaración decisoria o de voluntad (por ejemplo, una autorización o licencia); ii)

Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, N° 9, Año 5, 2010, pp. 116.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, pp. 115.

⁸⁴¹ Por ello, indica Morón que la Comisión encargada de elaborar la LPAG acordó emplear el término más amplio de “declaraciones de las entidades” en vez del tradicional “manifestaciones de voluntad”. En este sentido, y siguiendo al autor, podría definirse al acto administrativo como una categoría genérica para aplicar un régimen jurídico unitario a diversas manifestaciones de la función administrativa sobre los ciudadanos. Se trata de una declaración emitida por una autoridad en ejercicio de su función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos externos y recae sobre derechos o intereses legítimos de uno o más administrados, en una situación concreta (con destinatario determinado o determinable, individualizado o individualizable), en el marco de una relación de derecho público. En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N° 27444”. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N° 27444 - Segunda Parte. Prólogo de Jorge Danós Ordóñez*. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 138-143.

declaración de conocimiento (por ejemplo, la constatación de un hecho mediante acta de inspección); y, iii) declaración de opinión (por ejemplo, una opinión favorable de un organismo regulador para un determinado proyecto)⁸⁴². Y estas declaraciones, a su vez, pueden adoptar diferentes clases dependiendo de la materia de que se trate⁸⁴³.

No obstante, se ha objetado que éstos dos últimos tipos de declaraciones no serían propiamente actos administrativos, pues no altearían *status* alguno ni producirían efectos jurídicos externos (lo que se conoce como carácter *regulador*, que será revisado luego). Sin embargo, la misma doctrina reconoce que, en determinadas circunstancias, dicho actos sí podrían tener estos efectos⁸⁴⁴. Por ejemplo, cuando una certificación sirve como prueba para demostrar la existencia de un hecho, o cuando una opinión resulta vinculante para la posterior declaración decisoria.

Si se configuran estas circunstancias, entonces sí podemos hablar de actos administrativos como declaraciones decisorias, de conocimiento y de opinión, pero como éstas dos últimas son contingentes y no siempre se presentan, resulta oportuno que la teoría del acto administrativo, sobre la base de la misma legislación, separe en categorías distintas a estos tipos de declaraciones. En este sentido, Huapaya indica que el TUO de la LPAG maneja dos criterios concretos del acto administrativo: uno amplio (que implica toda declaración, sea decisoria o incluso de conocimiento u opinión), y uno estricto (que necesariamente implica una voluntad de la Administración en modificar, crear o extinguir situaciones jurídicas de los administrados).

La tesis amplia del acto administrativo, entre cuyos exponentes encontramos a García de Enterría y Fernández, describe a éste como cualquier declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria⁸⁴⁵. En suma, se trata de todas las declaraciones de la Administración que manifiestan una voluntad, o declaran un conocimiento o emiten una opinión. Mediante una declaración de voluntad, la Administración puede modificar, extinguir o crear situaciones jurídicas, pero mediante declaraciones de mero conocimiento esta facultad se ve sumamente minimizada⁸⁴⁶.

Por ello, a los actos administrativos que, en efecto, modifiquen, creen o extingan situaciones jurídicas, la doctrina les ha dado una categoría específica, que es la de actos administrativos en sentido estricto. ¿Y qué es lo que caracteriza a estos actos administrativos de su género amplio? Lo que los distingue de otras declaraciones es, precisamente, su carácter *regulador*, es decir, la capacidad de alterar situaciones jurídicas externas.

Bocanegra hace referencia a este carácter regulador al definir al acto administrativo, señalando que éste es *toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria*⁸⁴⁷. El autor hace énfasis

⁸⁴² DROMI, Roberto. *El acto administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pp. 16.

⁸⁴³ Así, podremos encontrar actos administrativos generales o individuales; definitivos o de trámite; favorables o denegatorios; personales o reales; expresos o implícitos; impugnables o firmes; constitutivos o declarativos; individuales o colectivos; simples o complejos; originarios o confirmatorios; de órganos unipersonales o colegiados; y ordenativos – de ejecución. Revisar: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op.Cit.*, pp. 147-172.

⁸⁴⁴ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Op.Cit.*, pp. 60-61; y, HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Op.Cit.*, pp. 122.

⁸⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op.Cit.*, pp. 550-554.

⁸⁴⁶ Un ejemplo de ello son los actos de certificación, en los que la autoridad competente certifica una situación de hecho, que puede ser la constatación o inspección de los bienes de una vía concesionada, o las instalaciones de una planta industrial. Aquí, la Administración declara una situación de hecho, la expone, la detalla, la corrobora, pero no crea, extingue o modifica (usualmente) una situación jurídica al respecto.

⁸⁴⁷ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Op.Cit.*, pp. 56-58.

en que los actos administrativos (en sentido estricto⁸⁴⁸) tienen un carácter regulador dirigido a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, que puede ser la modificación o la extinción de un derecho o un deber.

En este sentido, es el carácter *regulador* de los actos administrativos el que configura el sentido estricto de la institución⁸⁴⁹, lo cual se corresponde con el desarrollo normativo de nuestro ordenamiento. Mediante una interpretación sistemática del numeral 1.1 del art. 1 con el numeral 215.2 del art. 215 del TUO de la LPAG, se puede llegar a esa conclusión⁸⁵⁰, toda vez que la misma Ley establece exclusiones al interior de la figura misma del acto administrativo.

Así, por un lado, se tiene que, a partir del art. 1, los actos administrativos son todas las *declaraciones de las entidades* (de voluntad e incluso de conocimiento), destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (sentido amplio). Y por el otro, en correspondencia con el art. 215.2, “*sólo* son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión (...)”.

Como se ve, el TUO de la LPAG distingue entre actos impugnables y los que no lo son. Dentro de los que no pueden ser impugnables están los actos administrativos que no inciden sobre *status jurídico* alguno del administrado, y los actos de mero trámite (conocidos como actos internos de la administración). En consecuencia, esta norma contempla un sentido amplio y uno estricto de lo que es el acto administrativo.

Al respecto, Huapaya señala que es posible desprender una doble visión del acto administrativo según la referida Ley, en la que encontraremos *actos administrativos en sentido amplio (toda declaración de voluntad con contenido jurídico y eficacia externa, emitida por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria) y actos administrativos en sentido estricto, con carácter regulador y decisorio, conceptos que se vinculan en una relación género a especie*⁸⁵¹.

En conclusión, el acto administrativo es (desde una óptica amplia) toda declaración de la Administración, sea de voluntad o de mero conocimiento, que pueda estar destinada a producir efectos jurídicos externos en una situación concreta; y desde una óptica estricta, únicamente los actos *reguladores*, es decir, los que sí modifiquen o alteren situaciones jurídicas.

3.3.5.2. Sobre el carácter orgánico del acto administrativo y la eficacia jurídico-pública de algunos actos privados

En la medida en que los actos administrativos en sentido estricto son los preponderantes y de mayor presencia en el actuar de la Administración, nos centraremos en éstos para el debate acerca de la posibilidad de su emisión por parte de agentes privados. Al respecto, dentro de los elementos que conforman este acto administrativo, podemos encontrar, precisamente, i) el carácter *regulador* (alteración de un status jurídico); ii) la posibilidad de producir efectos jurídicos externos; iii) su

⁸⁴⁸ En la línea de la construcción teórica de Huapaya Tapia.

⁸⁴⁹ SANZ RUBIALES, Íñigo. “El acto administrativo”. *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Jaime Rodríguez Arana / Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.), y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coord.). Granada: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2015, pp. 184.

⁸⁵⁰ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op.Cit., pp. 127.

⁸⁵¹ *Ibidem*, pp. 125-126.

procedencia por parte de un ente de la Administración; y, iv) su emisión en virtud de una potestad pública distinta a la reglamentaria⁸⁵².

Para afirmar si los actos administrativos pueden ser emitidos por privados, nos es de suma relevancia hacer énfasis en el análisis de las últimas dos características descritas. En efecto, tanto la doctrina como el mismo TUO de la LPAG (artículo 1) hacen referencia a que los actos administrativos son las declaraciones de las *entidades*, que no son otras que las comprendidas en la relación del art. I.8. Ya hemos hecho una primera descripción sobre qué entendemos por *entidades* de la Administración en virtud de esta norma (pudiendo adelantar conclusión en que éstas sólo abarcan a las personas jurídicas de la estructura orgánica del Estado). En este sentido, si por *entidad*, en términos de la Ley, sólo podemos entender a las entidades incardinadas orgánicamente en la Administración, debe entenderse también que las *entidades* del artículo 1 del TUO de la LPAG son igualmente este tipo de entes.

En correspondencia con lo anterior, las únicas *entidades* habilitadas para poder emitir actos administrativos serían las que estén incluidas en la estructura orgánica del Estado. Por ello, configura esto una primera obstrucción a la relación acto administrativo – privado. Sin perjuicio de ello, podemos revisar otros elementos de fondo que nos den mayor luz sobre esta temática. Como bien indica el profesor Martín Tirado, la doctrina ha afirmado que la posibilidad de que los privados emitan actos administrativos radica en la necesidad de garantizar el control y los derechos de los particulares destinatarios de esos actos⁸⁵³.

En la medida en que existen personas jurídicas privadas que realizan actividades de relieve jurídico-administrativo⁸⁵⁴ y de alto impacto en el interés público, como lo son los concesionarios de servicios públicos, y claro está, los ejercientes privados de funciones públicas; lo lógico es que los actos que dichos sujetos emitan en ocasión de su actividad tengan directos efectos públicos en los administrados. Y al tener efectos públicos vinculantes sobre éstos, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para que los administrados no se vean perjudicados por un posible accionar incorrecto de tales operadores. Para ello se establece la posibilidad de que dichos actos puedan ser cuestionados e impugnados en sede administrativa y judicial (a través del contencioso administrativo), como mecanismo de tutela de los intereses y derechos de los usuarios o administrados en general.

En consecuencia, si se trata de actos recurribles por los administrados y que tienen directa eficacia pública sobre sus intereses, la lógica lleva a pensar que, en efecto, se trata de auténticos actos administrativos. Tenemos, entonces, una seria controversia en cuanto a la naturaleza jurídica de estos actos.

- Por un lado, hemos afirmado que las personas jurídicas del art. I.8 no son auténticas *entidades* de la Administración. En este sentido, si el concesionario de servicios públicos y el ejerciente privado de funciones públicas no son *entidades de la Administración*, entonces los actos que emitan no serían propiamente actos administrativos, de acuerdo al artículo 1 del TUO de la LPAG.
- Estos actos de los sujetos del art. I.8, no obstante, inciden directamente sobre el interés público, toda vez que sus efectos repercuten sobre los intereses y derechos de los usuarios o administrados en determinados contextos (por ejemplo, el usuario de un servicio de telecomunicaciones, o el usuario de un servicio de revisión técnica de vehículos); y por ello,

⁸⁵² Revisar: BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op.Cit., pp. 57-77; y, HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op.Cit., pp. 121-124.

⁸⁵³ MARTÍN TIRADO, Richard. Op.Cit., pp. 178.

⁸⁵⁴ BARCELONA LLOP, Javier. Op.Cit., pp. 124.

merecen estar sometidos a controles de la Administración a través de medios impugnatorios, de reclamos o de control de oficio.

- Si no son actos administrativos, entonces la Administración estaría dándole eficacia jurídico-pública a este tipo de actos privados, es decir, estaría extendiendo su ámbito de cobertura (a través del TUO de la LPAG) a estos privados (sin convertirlos en *entidades*), con el fin de tutelar los intereses y derechos de los administrados⁸⁵⁵.

La doctrina parece inclinarse, entonces, a afirmar que los actos administrativos únicamente pueden provenir de los entes que conforman la estructura orgánica de la Administración (auténticas entidades públicas). Serían las entidades correspondientes al Art. I. del Título Preliminar del TUO de la LPAG, a excepción de las entidades del art. I.8.

Debido a que estas últimas personas jurídicas no serían propiamente *entidades* de la Administración los actos que emiten no serían actos administrativos en estricto. Se trataría únicamente de privados sobre los que la misma Administración crea una ficción jurídica para extender el ámbito de aplicación del TUO de la LPAG a su actuar (por incidir significativamente en el interés público). Dicha ficción jurídica estaría manifestada, precisamente, a través de la aplicación de eficacia jurídico-pública a tales actos privados, con el fin de tutelar los derechos de los administrados eventualmente afectados por los mismos.

La eficacia jurídico-pública de estos actos privados estaría dirigida, por un lado, a determinar situaciones jurídicas (carácter regulador), y, por el otro, a darle efectos de acto administrativo a ciertos actos privados para que puedan ser recurribles en sede administrativa y estén sometidos a posterior control jurisdiccional. ¿Cuál es el resultado de esta ficción? Dentro de la teoría de la eficacia jurídico-pública del acto privado podemos identificar, por lo menos, dos modalidades concretas: i) los actos privados que se originan por el desempeño de una actividad privada, pero que tienen incidencia en el ámbito público (como el notariado); y, ii) los actos privados que se originan por el desempeño de una actividad o función pública.

Respecto a la primera, como ya hemos descrito en anteriores secciones, la actividad es de origen privado (no sólo por quien la emite, sino por el contenido de la actividad en sí), pero por incidir directamente sobre aspectos de relevancia pública, es regulada y reglamentada por la Administración (lo que analizamos bajo la denominación del “ejercicio privado de funciones públicas -EPFP”, distinto al EPCA). Este tipo de actos bajo ningún motivo pueden ser actos administrativos, toda vez que, en primer lugar, no tienen definido un sistema de impugnación en sede administrativa (por ejemplo, la Ley de Notariado⁸⁵⁶ sólo contempla la posibilidad de declarar nulo un instrumento notarial en sede judicial). Asimismo, su responsabilidad no es administrativa pues sus actos no se imputan a la Administración⁸⁵⁷; y por el otro, no se cumpliría, si quiera de manera indirecta, con el criterio orgánico del acto administrativo, como se verá más adelante. Por lo tanto, sólo nos enfocaremos en el segundo tipo de actos privados con eficacia jurídico-pública, es decir, los que se originan por el ejercicio de una actividad de origen público y a través de un título legal que habilita dicho ejercicio por parte del agente privado.

⁸⁵⁵ Al respecto, Abruña señala que en estos “actos privados con eficacia jurídico-pública” la eficacia es otorgada por el ordenamiento en virtud de algunas condiciones especiales comprobadas previa o posteriormente, pero no por su calidad de verdadero y propio acto administrativo. En: ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación Jurídica*. Op.Cit., pp. 96.

⁸⁵⁶ Aprobada por Decreto Legislativo N° 1049.

⁸⁵⁷ BARCELONA LLOP, Javier. Op.Cit., pp. 127.

3.3.5.2.3. Hacia un nuevo enfoque de la naturaleza jurídica de ciertos actos privados: el acto administrativo como una consecuencia lógica del EPCA

Ahora, la teoría de la eficacia jurídico-pública de los actos privados pretende trasladar la eficacia real de los actos administrativos a estos últimos, con el fin de que puedan estar sometidos a las reglas del derecho administrativo. No los considera auténticos actos administrativos, pero los reviste de todos los elementos (a excepción del orgánico) del acto administrativo.

¿Qué opinamos nosotros? Desde nuestra perspectiva, la teoría de la eficacia jurídico-pública de los actos privados, que niega la calidad de actos administrativos a éstos últimos, es muy coherente con la doctrina⁸⁵⁸, con el desarrollo legislativo del acto administrativo y con la misma posición que venimos asumiendo respecto de las entidades del art. I.8 del TUO de la LPAG, de modo que existen muchos argumentos para afirmar esta correspondencia.

No obstante, sostenemos que también hay varias contra-respuestas a estas formulaciones, que podrían hacernos reconsiderar si, en verdad, y con la base de la construcción teórica del ejercicio privados de funciones públicas, dichos actos privados pueden no ser considerados actos administrativos. ¿Qué pasaría si, en vez de descartar esta relación por un criterio orgánico, nos enfocamos en el contenido mismo del acto administrativo, en su finalidad y razón de ser, para afirmar quiénes son los que pueden y no pueden emitirlos? Si ya vimos que Administración pública y ejercicio de funciones públicas son dos realidades que no se corresponden exacta y necesariamente⁸⁵⁹, precisamente por la existencia de la figura del EPCA, cabría cuestionarnos si la relación Organización administrativa – acto administrativo también puede ser una realidad que no necesariamente vaya aparejada.

Para empezar, veamos las características del acto administrativo que la doctrina desprende a partir de su definición, y luego analizaremos esta temática a la luz de la legislación misma del TUO de la LPAG. Huapaya y Bocanegra indican que el acto administrativo (como ya advertimos anteriormente) tiene un carácter *regulador* (alteración de un status jurídico); implica la posibilidad de producir efectos jurídicos externos; su procedencia por parte de un ente de la Administración; y, su emisión en virtud de una potestad pública distinta a la reglamentaria⁸⁶⁰.

Empecemos por la primera característica. Los actos privados emitidos por concesionarios de servicios públicos pueden tener carácter regulador. Es el caso de la empresa de distribución eléctrica Luz del Sur, la cual, ante la presentación de un reclamo por parte de un usuario o cliente regulado, emite una resolución que lo declara fundado o infundado en atención a un procedimiento⁸⁶¹ regular diseñado por la empresa y aprobado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN. Mediante dichas resoluciones, la empresa regula una situación jurídica, específicamente, una situación comercial entre el usuario y la empresa referida a criterios en controversia por la prestación del servicio público de electricidad, en la modalidad de distribución.

Lo mismo sucede en el caso del EPCA. Utilizando el ejemplo de la inspección técnica de vehículos, la empresa LIDERCON emite certificados que no se limitan sólo a dar un conocimiento o constatar

⁸⁵⁸ Ejemplos de autores en contra de que los actos administrativos puedan ser emitidos por privados: SANZ RUBIALES, Íñigo. Op.Cit., pp. 184; BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op.Cit., pp. 68-69; y, HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op.Cit., pp. 126.

⁸⁵⁹ CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad*. Op.Cit., pp. 278.

⁸⁶⁰ Revisar: BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op.Cit., pp. 57-77; y, HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op.Cit., pp. 121-124.

⁸⁶¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 269-2014-OS-CD.

un hecho en concreto (acto administrativo en sentido amplio), sino que regulan una situación jurídica por tratarse de un pronunciamiento vinculante, a efectos de la eventual habilitación del administrado para conducir su vehículo conforme al ordenamiento jurídico. Ambos actos son susceptibles de ser controlados tanto en sede administrativa como judicial, pues en el primer caso la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) será el órgano competente para pronunciarse, mientras que en el segundo será la Dirección General de Transporte Terrestre (DGTT) como órgano competente del MTC.

Por lo tanto, estos actos privados sí tienen un carácter regulador que proviene del mismo ordenamiento jurídico, que los habilita como concesionarios o ejercientes de actividades de naturaleza pública con la posibilidad de actuar con efectos públicos directos sobre los usuarios, y también con la posibilidad de que dichos actos sean eventual y posteriormente impugnados⁸⁶². Efectos que, sin duda, son externos, pues inciden sobre la situación jurídica de terceros más allá de quien emite el acto y de las posibles relaciones interadministrativas producidas en el interior de un procedimiento⁸⁶³.

Antes de analizar la característica orgánica, enfoquémonos en el aspecto del ejercicio de una potestad pública distinta a la reglamentaria. A lo largo del presente trabajo hemos dado cuenta de que las entidades privadas colaboradoras en ocasión de la figura del EPCA ejercen funciones públicas de la Administración para una determinada actividad. Las funciones públicas, como ya hemos indicado anteriormente, implican el ejercicio de potestades públicas o ejercicio de autoridad, y que, en suma, implican la posibilidad de producir efectos jurídicos sobre terceros incluso en contra de su voluntad⁸⁶⁴. La titularidad de la potestad, y de la función en sí misma, recae únicamente en el ente público que se vale de la colaboración privada, de modo que dicho colaborador sólo recibe *el ejercicio* (más no la titularidad) de la misma.

Entonces, el colaborador privado ejerce una función pública, y con ello, una potestad de la Administración. No es necesario ahondar mucho sobre la exclusión de las potestades reglamentarias en el ejercicio de una función pública por parte de privados. Es claro que la potestad reglamentaria es indisponible, tanto en su titularidad como en su ejercicio. Sólo los entes con la potestad reglamentaria debidamente asignada por ley pueden dictar actos normativos. El privado ejerciente de una función pública no innova el ordenamiento jurídico ni crea derecho, sino únicamente lo aplica para un caso o actividad en concreto. Por ello, en el EPCA tan sólo existiría un ejercicio de potestades públicas concretas y no abstractas, quedando fuera del alcance de las entidades privadas colaboradoras la posibilidad de ejercer algún acto normativo.

En este sentido, mediante el EPCA el privado ejerce una potestad administrativa distinta a la reglamentaria, de modo que, en principio, los actos privados que dichas entidades emiten cumplen con esta característica de los actos administrativos. No obstante, en cuanto a los concesionarios de servicios públicos, éste último elemento podría configurarse como un obstáculo en la relación privado

⁸⁶² Como indica Moderne, en Francia se viene admitiendo desde hace más de una década el que organismos privados se hallen habilitados para tomar auténticas decisiones administrativas de carácter obligatorio susceptibles de ser sometidas a la competencia del juez de lo contencioso administrativo. En: MODERNE, Franck. “Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 4, 1975, pp. 03-15. Cita original de: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 278.

⁸⁶³ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op.Cit., pp. 123.

⁸⁶⁴ Como bien señala Boquera Oliver, la potestad jurídico-administrativa es la posibilidad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya eficacia descansa en la presunción iuris tantum de que son conformes con el ordenamiento jurídico. En: BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. Madrid: Civitas, 1982, pp. 25. Revisar también, del mismo autor: BOQUERA OLIVER, José María. *Poder administrativo y contrato*. Op.Cit., pp. 24

- acto administrativo. Como vimos en la sección de la concesión administrativa, el título de la concesión no transfiere el ejercicio de *poderes* o *potestades* al concesionario. En suma, éste se convierte únicamente en un *beneficiario* de dichos componentes, pero no en su directo ejerciente.

Así, Barcelona Llop señala que, en la medida en que los concesionarios de servicios públicos no reciben una transferencia o delegación de potestad, sus actos nunca podrían calificarse de administrativos⁸⁶⁵. Sin embargo, hemos indicado que, en virtud de una concepción amplia que se contrasta con una concepción estricta del acto administrativo (acto regulador), podrían caer dentro de dicho ámbito amplio otras actuaciones que no necesariamente tengan un fin regulador o creador de situaciones jurídicas.

Si bien la potestad de modificar, crear o extinguir una situación jurídica se sustenta en un criterio regulador del acto administrativo (que es la concepción estricta del mismo), es posible identificar otros actos administrativos no reguladores, y por ello, no potestativos, como lo son las declaraciones de conocimiento u opinión. Y siendo esto así, el rechazo a la relación acto administrativo – concesionario pierde fuerza desde esta perspectiva, toda vez que la ausencia del ejercicio de una potestad (distinta a la reglamentaria) no se vuelve tan determinante desde una concepción amplia del acto administrativo. Independientemente de este último supuesto, abiertamente debatible, podemos dar mayores argumentos a favor de los actos administrativos emitidos por personas jurídicas privadas si seguimos el análisis desde el enfoque de las entidades privadas colaboradoras de la Administración – EPCA. Corresponde, entonces, que continuemos analizando esta relación de acuerdo a las otras características identificadas del acto administrativo.

En cuanto al carácter orgánico, nos enfocaremos en el caso específico de la figura del EPCA, para con ello hacer énfasis en lo siguiente: la entidad privada colaboradora no es titular ni se convierte en titular de la función pública que ejerce; pues lo que se traslada sólo es el ejercicio y no la titularidad. La titularidad de la competencia y la función las mantiene el ente público, y el privado sólo colabora en su ejercicio. Siendo esto así, cabe preguntarnos ¿quién emite realmente el acto en virtud de un ejercicio privado de funciones públicas? Al respecto, sostenemos que al tratarse de una habilitación del ejercicio y no un traslado de titularidad de la competencia y función, quien emite el acto indirectamente es la misma Administración.

El privado es el emisor directo, pero al tratarse de una función cuya titularidad la mantiene la Administración (y sobre la cual tiene facultades para controlar y disponer su correcto ejercicio), el acto emitido en ocasión del EPCA es un acto a nombre de la entidad titular. Así, por ejemplo, LIDERCON, FARENET, RTP S.A.C., entre otras, emiten actos directos como empresa, pero sus efectos son a nombre y responsabilidad del MTC como ente competente del sector.

Por ello, si el acto es emitido en nombre de la entidad pública, ¿no debería entenderse que, ya sea de manera indirecta, dicho acto es emitido por una entidad pública? El TUO de la LPAG otorga a estos actos privados con eficacia jurídico-pública la misma validez que aquellos acordados por los órganos administrativos en el ejercicio de idénticas funciones, y *la Administración pública los asume como si de su propia actuación se tratara*⁸⁶⁶. Por ejemplo, de acuerdo al art. 24.8 del Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares, aprobado por D.S. N° 025-2008-MTC (en adelante, “RITV”),

⁸⁶⁵ según indica el autor, prueba de ello es que, por ejemplo, un concesionario no podría disponer de la ejecución forzosa de sus actos, de modo que dicha falta de ejecutoriedad, por la ausencia misma de una potestad pública en su actuar, implicaría la inexistencia de un verdadero acto administrativo. Revisar: BARCELONA LLOP, Javier. Op.Cit., pp. 126-128.

⁸⁶⁶ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp.278.

“los Certificados de Inspección Técnica Vehicular emitidos por los Centros de Inspección Técnica Vehicular – CITV debidamente autorizados tendrán alcance nacional y permitirán la circulación de vehículos por las vías públicas terrestres”.

El hecho de que un acto privado pueda generar efectos públicos a nivel nacional, y que permita/habilite a otros administrados para realizar una actividad da cuenta de ello. El Certificado que emiten dichas entidades privadas es uno tal que, sin él, el administrado no podría ejercer libremente su actividad de desplazamiento automovilístico. En virtud a que, en principio, la habilitación de los conductores para conducir sus automóviles (en cuanto a las características mismas del auto), le corresponde al mismo MTC como autoridad nacional del sector; al lograrse esto mediante un acto privado se llegaría a la conclusión de que dicho acto es asumido como propio por el MTC.

El MTC a través de la Dirección General de Transporte Terrestre (DGTT) autoriza al Centro Inspección Técnica Vehicular – CITV (art. 27 del RITV) para que éste, a su vez, autorice a los administrados para conducir sus automóviles bajo el ámbito de alcance de las mismas políticas sectoriales del MTC. Y por ello, el CITV está realizando un acto de responsabilidad y titularidad del mismo MTC, en suma, un acto administrativo⁸⁶⁷. Por ende, puede decirse que cuando un privado realiza un acto con eficacia jurídico-pública, sobre todo en el caso de entidades privadas que colaboran con la Administración en el ejercicio de auténticas funciones públicas, en realidad los actos son indirectamente⁸⁶⁸ realizados por la misma Administración, de modo que el criterio orgánico del acto administrativo no se vería vulnerado para este caso.

Siendo esto así, podemos identificar que las características vertidas en la definición del acto administrativo (en sentido estricto) por una parte de la doctrina, se encuentran contempladas también en estos actos privados con eficacia jurídico-pública. Son actos reguladores (modifican un *status jurídico*), con eficacia externa en una situación determinada, que se valen del ejercicio (sólo ejercicio y no titularidad) de potestades públicas distintas a la reglamentaria, y que en definitiva son emitidos (si bien directamente por un ente privado) de forma indirecta por el ente público responsable y titular de la actividad.

Hasta aquí, la separación entre actos administrativos y actos privados con eficacia jurídico-pública parece reducirse significativamente, siendo la única diferencia “trascendental” el hecho de no provenir directamente de un órgano de la Administración pública. ¿Qué nos hace recordar esto? Pues, que la naturaleza jurídica de un instrumento jurídico no debería definirse sólo a partir de quién la ejerce, sino también a partir del contenido mismo de la figura. Es lo que sucede, como vimos, con el concepto de “función administrativa” revisado en el capítulo segundo, la cual definimos a partir de un criterio mixto que abarque no sólo el aspecto orgánico (pues resultaba insuficiente), sino también un criterio material que se enfoque en el mismo contenido de la actividad⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Acto administrativo de tipo “real” en términos de patrimonialidad. Como se sabe, el acto administrativo real está dirigido de modo directo e inmediato a concretar situaciones jurídicas patrimoniales, por medio de las cuales se califican la regularidad de una actividad o constituyen aptitudes jurídicas de bienes o actividades y no de personas. En este caso, se trata de la constatación de una aptitud legal de un bien físico como lo es el automóvil sobre el que se realiza la revisión. Revisar: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 156.

⁸⁶⁸ Muy a diferencia del otro tipo de actos privados con eficacia jurídico-pública (como los instrumentos notariales), los cuales, ni siquiera de forma indirecta, cumplen con este criterio orgánico.

⁸⁶⁹ En efecto, definimos a la función administrativa como toda actividad material y práctica, conformante de las funciones estatales (y en específico, de la función ejecutiva), que es ejercida por la Administración (en sentido amplio) para atender intereses públicos y también intereses exclusivos de la administración. Se trata de una actividad que busca armonizar, bajo actuaciones materiales, la actividad de los administrados para la atención de los intereses colectivos, pero que puede también circunscribirse a la sola procura de fines y requerimientos del Estado. Como vemos, al definir la función administrativa sin hacer expresa mención a la “función ejercida por las entidades de la Administración”, se

En la medida en que nuestra jurisprudencia no parece haberse pronunciado directamente sobre este asunto, podemos traer a colación, tan sólo como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de setiembre de 1999, en la que se señala que para calificar un acto como “administrativo”, lo relevante es la función o actividad ejercida y no tanto el carácter público o privado de la entidad que lo emite⁸⁷⁰.

Ahora, si bien por definición académica podemos identificar a los actos administrativos con los actos privados con eficacia jurídico-pública, cabe realizar este contraste a través de lo que la misma legislación establece como requisitos indispensables del mismo acto administrativo. Así, tenemos que el TUO de la LPAG ha definido como requisitos de validez del acto administrativo a los siguientes elementos:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Siguiendo las conclusiones del profesor Martín Tirado, quien, con impecable sustento, afirma que estos actos privados no serían auténticos actos administrativos⁸⁷¹, corresponde verificar si los referidos actos privados presentan estos requisitos. Un acto administrativo debe ser emitido por el órgano con la competencia legalmente asignada para tal efecto. Sobre esto, consideramos que el análisis no debería enfocarse en si la misma entidad privada o funcionarios de ésta son “competentes” para actuar, sino en la competencia misma de su titular. En virtud del EPCA, el colaborador privado es habilitado únicamente para *ejercer* la competencia o función del ente público, mas no recibe titularidad alguna sobre la misma, la cual la mantiene la Administración.

Se recibe el ejercicio y no la titularidad. Por ello, debemos entender que la competencia que dicho colaborador ejerce es la que, en principio, está asignada legalmente a un ente público. Por ello, el análisis de si el agente privado es competente o no debe aplicarse inicialmente en el ente público: ¿Es competente la entidad pública que traslada el ejercicio de su función para realizar la actividad comprometida? ¿dicho traslado ha sido realizado dentro de las facultades que la misma ley contempla?

tiene que aquella, incluso, podría abarcar a otros entes no públicos, como los mismos concesionarios de servicios públicos, o los ejercientes privados de funciones públicas en virtud del EPCA.

⁸⁷⁰Para más información respecto a esta Sentencia, revisar: CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 318.

⁸⁷¹ MARTIN TIRADO, Richard. Op.Cit., pp. 179-182.

¿se ha seguido el procedimiento regular para el traslado de la función pública? Son estas las primeras preguntas que deben resolverse como paso previo para evaluar al colaborador privado.

Si las respuestas son afirmativas, entonces recién cabe preguntarse si las competencias que ejerce el colaborador privado están dentro del marco de las facultades legalmente trasladadas y habilitadas por el ente público. Y si el actuar del agente privado está dentro de las facultades debidamente atribuidas en virtud del mecanismo de colaboración, entonces el análisis de competencia sería conforme -en su ámbito público y privado- con el ordenamiento jurídico.

En cuanto al objeto o contenido, los actos privados con eficacia jurídico-pública, al incidir sobre situaciones de interés público e intereses directos de los administrados, deben ser lo más claros y precisos posibles, de modo tal que el administrado pueda identificar adecuadamente los efectos legales que dicho acto tiene sobre su situación jurídica. Asimismo, es claro que incluso un acto privado debe ser lícito y conforme al ordenamiento jurídico. Dichos actos deben ser tanto física como jurídicamente posibles, en la medida en que inciden directamente sobre aspectos de trascendencia jurídico-pública. Por lo tanto, esta característica es íntegramente aplicable al acto privado con eficacia pública.

En cuanto a la finalidad pública, podría plantearse como argumento en contra de nuestra postura que, al tratarse de personas jurídicas privadas que aspiran a un fin de lucro (característica de las entidades privadas colaboradoras del EPCA), dichos actos perderían esa finalidad pública que justifica la emisión de un acto administrativo. Así, Martín Tirado señala que este requisito no es extensible al caso de las personas jurídicas del régimen privado, pues al ser la finalidad de éstas empresas el lucrar o competir en un mercado determinado, tienen per se un interés privado que prevalece al interés general y es difícil intentar que protejan un interés público que no es y no debe ser de su competencia⁸⁷².

Al respecto, consideramos que -en la línea de la teoría del derecho civil- no se debe confundir el interés subyacente de las partes en la relación jurídica con el propósito mismo de ésta. Una relación jurídica determinada puede tener como finalidad, por ejemplo, la ejecución de una obra pública en el marco de la LCE, lo cual sin lugar a dudas puede estar dirigido a una finalidad pública específica, y ello no impide que el contratista privado tenga un interés de lucro de por medio. De la misma manera, en un contrato de concesión de servicios públicos, la empresa privada entra en una relación con el Estado en el marco de una finalidad pública concreta, que es la de garantizar la efectiva prestación del servicio y la tutela del interés público subyacente al mismo; sin que ello suponga que el privado deje de tener un interés empresarial debidamente identificado.

Claro está, la finalidad pública siempre va a prevalecer sobre el interés privado, sin que esto implique la minimización o extinción del mismo, sino únicamente su armonización en el marco de una adecuada alienación de intereses. Por lo tanto, un acto privado con eficacia jurídico-pública (como la Certificación del CITV), siempre será emitido para atender una finalidad pública específica, que no se confunde con el interés privado que motiva la empresa a ejercer la actividad.

De otro lado, en cuanto a la motivación del acto, sabemos de antemano que las Administraciones públicas muchas veces la omiten o la desarrollan insuficientemente en sus pronunciamientos (preocupación que con suma incisión aborda académicamente el profesor Zegarra Valdivia⁸⁷³ en una

⁸⁷² *Ibidem*, pp. 179-180.

⁸⁷³ Sobre la importancia del requisito de la motivación en los actos administrativos, revisar: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444, Nueva Ley de Procedimiento Administrativo

publicación del año 2005). Siendo esto así, podría formularse esta contingencia de igual manera para los pronunciamientos privados. No obstante, ello se trata de una contingencia que debe ser mitigada en general⁸⁷⁴, y ello aplica tanto para el sector público como para los privados que prestan servicios públicos o ejercen funciones públicas. No por la existencia de esta contingencia se debería negar la calidad de acto administrativo a un acto emitido por la misma Administración.

Fuera de esto, consideramos que la correspondencia del requisito de la motivación con los actos privados de eficacia jurídico-pública cae por su propio peso. ¿Es concebible, por ejemplo, que un Certificado de inspección técnica vehicular sea emitido sin el debido sustento técnico que respalde la decisión del CITV? Hacerlo sería ilegal, e implicaría una sanción a la empresa en el marco del Reglamento RITV (art. 58 y ss.). La motivación del acto es un requisito que indudablemente debe estar presente en los actos con eficacia jurídico-pública, toda vez que éstos inciden directamente sobre el *status* jurídico de los administrados, y son reflejo (en el caso del EPCA) de un ejercicio directo de funciones públicas de la Administración.

Finalmente, respecto al procedimiento regular, podemos utilizar la misma línea de razonamiento. Al tratarse de actos reglamentados por el ordenamiento jurídico (en la medida en que la misma actividad es una altamente reglamentada por impacto en el interés público), deben desarrollarse a través del procedimiento previsto para su emisión. Así, al proseguir con el ejemplo anterior, la emisión de Certificados de inspección técnica vehicular debe sujetarse al procedimiento diseñado por el Reglamento RITV, el cual dispone de una serie de procesos internos para elección, inspección, registro, verificación y emisión de observaciones e informes sustentatorios previos a la emisión misma del Certificado (art. 12 y ss.).

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, si bien la doctrina tiende a darle otra calidad o categoría a los actos emitidos por los privados (en ejercicio de una función pública o prestación de un servicio público), consideramos que la eficacia-jurídico pública en estos casos no es otra cosa que ponerle una etiqueta diferente a la figura del acto administrativo. Es negarle la calidad de acto administrativo a un acto con idénticas características (contextualizadas, claro está) y considerarlo sólo como un acto privado con eficacia jurídico-pública; lo cual, a nuestro juicio, es darle un nombre distinto a una realidad idéntica. Sobre esto, Esteve Pardo plantea la situación en dos flancos precisos y sutilmente radicalizados:

Un sujeto privado adopta, bajo su propia responsabilidad y con total autonomía, decisiones que afectan de lleno a funciones públicas, decisiones que son asumidas como actos propios por las Administraciones Públicas y que pueden, a su vez, adoptar medidas para la ejecución de aquellas. En elemental coherencia, contra esas decisiones de sujetos privados se establece el régimen de recursos propios de los actos administrativos.

Y es que, si tal coherencia se mantiene, habrá de concluirse que nos encontramos, en tal caso, ante actos sujetos al Derecho administrativo, actos administrativos. Y si la coherencia se lleva hasta el final habrá de superar la paradoja de que un sujeto particular dicte actos administrativos: o se entiende entonces que el concepto y radio del Derecho administrativo se extiende más allá de donde llegan unos sujetos determinados, las Administraciones públicas, para abarcar también ciertas actividades de sujetos privados, sin conexión con la Administración, o bien se considera que este tipo de sujetos que bajo propia responsabilidad ejercen funciones públicas forman parte de la Administración o, si se quiere, forman un grupo o escalón en el panorama de las Administraciones públicas, sea como

General". *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N° 27444 - Segunda Parte. Prólogo de Jorge Danós Ordóñez*. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 177-215.

⁸⁷⁴ MARTIN TIRADO, Richard. Op.Cit., pp. 180.

Administraciones mediatas –en la sistematización doctrinal al uso en Alemania- sea como Administración de segundo grado.⁸⁷⁵

Como se puede ver, la realidad de la actuación administrativa nos impulsa a tomar posición respecto a esta temática. La investigación sobre esta peculiar forma de colaboración entre privados y la Administración a través del EPCA nos obliga a replantearnos algunos dogmas establecidos (con valioso sustento) respecto a la naturaleza de estos actos privados. El hecho de que un privado pueda ejercer una función pública de la Administración implica ya de por sí un resquebrajamiento de los estándares iniciales de algunas instituciones del derecho administrativo.

En este sentido, si somos coherentes con estos nuevos desarrollos y realidades, deberemos también comprender que los actos por los cuales un colaborador privado ejerce una función y potestad pública de la Administración, con carácter vinculante, con eficacia jurídico-pública y con sujeción a las normas del derecho administrativo, son efectivamente actos administrativos. Es cierto que a este tipo de entidades privadas no les damos la calidad de auténticas entidades de la Administración, y lo coherente, ante ello, sería optar por tampoco darle calidad de actos administrativos a sus declaraciones. Pero precisamente en ello radica el planteamiento de nuestra reformulación.

Estas entidades privadas colaboradoras no son entidades de la Administración, sino que sólo colaboran con ésta sin dejar, por ello, su naturaleza estrictamente privada. Pero no colaboran en cualquiera actividad de la Administración, sino que lo hacen respecto a sus funciones y potestades mismas, de modo que los actos que emiten en ocasión de esta fórmula no pueden seguir siendo considerados como meros actos privados.

Se trata de una colaboración privada en el ejercicio de auténticas funciones públicas de la Administración, que se valen del ejercicio mismo de la autoridad o potestad pública, de modo que (siguiendo a Esteve Pardo), si no es posible considerarlos como integrantes del cuerpo orgánico administrativo, y si tampoco forman parte de un escalón intermedio, entonces lo lógico es que dicha paradoja sea superada mediante la afirmación de que, en determinados supuestos (como es el EPCA), un privado sí podría emitir un acto administrativo.

Es esta nuestra postura ante un tema tan debatible (y claro está, refutable). En virtud del EPCA, el colaborador privado no se integra orgánicamente ni es considerado como entidad de la Administración pública, pero el ejercicio de la función pública comprometida permite que se valga de potestades públicas que, en principio, sólo le corresponden a los entes de la Administración. Es un actuar que no proviene de la Administración, pero cuya naturaleza es propia de la Administración, y siendo coherente con ello, al ejercicio de una auténtica función pública le correspondería también un auténtico acto administrativo.

3.3.5.3. Interpretación contradictoria a los antecedentes comparativos y al enfoque práctico del mecanismo de la delegación

Como hemos podido ver, llegamos a la conclusión que las entidades privadas del art. I.8 del TUO de la LPAG no constituyen auténticas entidades de la Administración, pese a que sus actos sean, desde nuestro punto de vista, verdaderos actos administrativos. No obstante, para efectos de seguir con el análisis de fondo de la relación “delegación – EPCA”, asumiremos que, efectivamente, las personas

⁸⁷⁵ ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: génesis y efectos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, pp. 109-110.

jurídicas privadas del art. I.8 constituyen, aunque de manera ficticia, entidades de la Administración, y con ello la posibilidad de interpretar el art. 76 a favor de este extremo.

Asumamos, entonces, que las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos o ejercen función público-administrativa son entidades de la Administración a efectos del TUO de la LPAG, de modo tal que correspondería a continuación analizar si la delegación administrativa, como mecanismo, es susceptible de ser el instrumento para el efectivo traslado de dichas funciones a los privados. Al respecto, el art. I.8 parece ser claro en señalar que, independientemente de si pueden ser teóricamente consideradas como parte de la Administración pública, las personas jurídicas privadas podrían realizar funciones administrativas en virtud de delegación. La interpretación antedicha, no obstante, no es ajena a una serie de obstáculos ligados no sólo a la realidad de su aplicación, sino también a la finalidad y contenido mismo del instrumento.

La delegación, para empezar, tendría que ser aplicada en una persona jurídica privada ya considerada como entidad según la dicha Ley, es decir, que se encuentre realizando, en ese momento, funciones público-administrativas, precisamente, por delegación. En definitiva, dicho razonamiento conlleva a un “círculo vicioso” que genera más confusiones que esclarecimientos. Si el art. 76 señalara que las “entidades” pueden delegar el ejercicio de su competencia en otras entidades y personas jurídicas privadas, no habría mayor debate al respecto. Pero la referencia aislada a “entidades” en dicho artículo da a entender que se trata de “entidades” actuales, y es claro que una persona jurídica privada, que no ha sido objeto de delegación ni concesión alguna, no podría ser considerada siquiera entidad de la Administración, sino simplemente empresa, asociación, o en general cualquier otra categoría que su propio régimen privado le asigne.

La delegación, se dice, es aplicable en entidades, y para que una persona jurídica privada sea entidad de la Administración, tendría que estar realizando funciones administrativas por delegación de acuerdo al art. I.8, lo cual resulta un vaivén de incongruencias producto de la poca claridad de los preceptos normativos⁸⁷⁶. ¿Quiere decir ello que la persona jurídica privada tendría que ser “entidad de la Administración” incluso antes de la delegación? En definitiva, es esta una incongruencia propia de la redacción que gira entorno a esta institución.

Asumamos, no obstante, que las personas jurídicas privadas referidas en el art. I.8 del TUO de la LPAG son entidades que, precisamente, se convierten en tal en el momento mismo de la delegación. Es decir, consideremos como un argumento a favor de la interpretación extensiva de la delegación que ésta, al aplicarse en una persona jurídica privada, la convierte instantáneamente en una “entidad” según el art. I.8, y que, por lo tanto, la secuencia de sucesos es simultánea: “la delegación sería aplicable sobre privados debido a que son considerados entidades en el mismo momento en que la reciben”.

Siendo esto así, sería factible que en virtud de una interpretación sistemática del art. 76 y del art. I.8 del TUO de la LPAG se puedan realizar delegaciones de “competencias (o, mejor dicho, funciones públicas)” en entidades privadas. No obstante, es de notar que dicha solución es producto de una interpretación hasta cierto punto forzada, en la que nos volvemos vulnerables a extender demasiado el alcance teórico de los conceptos.

Empezaremos dando nuestras objeciones analizando algunos aspectos directamente relacionado con los antecedentes comparativos de nuestra norma de procedimiento administrativo. La Ley del

⁸⁷⁶ Es claro, no obstante, que la entidad delegante no puede ser una persona jurídica privada, pues, en todo caso, dicha persona jurídica estaría realizando funciones administrativas por delegación previa, y, según el art. 76 del TUO de la LPAG, no se pueden delegar las atribuciones recibidas por delegación.

Procedimiento Administrativo General, promulgada en el año 2001 durante el gobierno de transición del Presidente Valentín Paniagua, es una ley que se creó, entre otros⁸⁷⁷, a partir del modelo normativo desarrollado en el ordenamiento español, específicamente, de la LRJAP española del año 1992. La LRJAP, hoy derogada por la Ley 40/2015, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que entró en vigencia el año 2016, constituye el cuerpo normativo del cual se sirvió, como modelo, nuestro ordenamiento para la elaboración de su norma de procedimiento administrativo. Y como es de saber, muchos de los artículos recogidos en el TUO de la LPAG están inspirados en las disposiciones contempladas en la LRJAP, siendo algunos de estos casos, precisamente, los de la delegación administrativa y encargo de gestión.

Conforme a ello, es de esperar que el contenido, sentido, enfoque y finalidad de nuestras normas de procedimiento administrativo deban ser, totalmente o en gran medida, similares a los de sus antecedentes españoles. Entonces, para poder entender de mejor manera los verdaderos fines y alcances de la delegación del art. 76 del TUO de la LPAG, deberemos reconducirnos al análisis de sus bases comparativas.

En base a esto, cabe detallar a continuación (si bien ya se hicieron citas en párrafos anteriores), los artículos directamente involucradas en esta relación. Al respecto, tenemos que el artículo 12 de la LRJAP, modificado la Ley 4/1999, señaló lo siguiente:

Artículo 13. Delegación de competencias.

1. Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas.
 2. En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a:
 - a) Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
 - b) La adopción de disposiciones de carácter general.
 - c) La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
 - d) Las materias en que así se determine por norma con rango de Ley.
 3. Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el "Boletín Oficial del Estado", en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste.
 4. Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.
 5. Salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación.
- No constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.
6. La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.
 7. La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

⁸⁷⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. 2° ed. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 20.

La LRJAP, en su redacción inicial⁸⁷⁸ de 1992, admitía genéricamente la delegación cuando existieran “circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hicieran conveniente” (supuestos idénticos a los del art. 76 del TUO de la LPAG, sumado la circunstancia “jurídica”); pero esta mención desapareció con la Ley 4/1999 (que modificó la LRJAP), de modo tal que se abrió la posibilidad a la delegación sin especificación de la circunstancia justificante⁸⁷⁹. Asimismo, la referida modificación amplió el ámbito subjetivo de la delegación más allá del estricto campo de la relación de jerarquía, habilitando su alcance en favor de órganos que no sean jerárquicamente dependientes⁸⁸⁰, pero siempre dentro de la estructura orgánica del sector público.

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

Dicha premisa se ha mantenido, incluso, en la nueva norma del régimen jurídico de la Administración públicas de España, vigente desde el 2016 (art. 9 de la LRJSP), la cual, si bien ha regulado de manera más extensa y precisa el referido mecanismo, ha mantenido indemne su alcance subjetivo general⁸⁸¹, restringiéndose la utilización de esta herramienta únicamente entre personas jurídicas de derecho público. La norma española es clara y no da pie a interpretaciones de un posible alcance subjetivo a

⁸⁷⁸ Artículo 13. Delegación de competencias.

1. En cada Administración Pública se podrá acordar la delegación del ejercicio de competencias atribuidas a sus órganos administrativos en otros órganos, aunque no sean jerárquicamente dependientes, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente. 2. En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a: a) Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; b) La adopción de disposiciones de carácter general; c) La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso; d) Las materias en que así se determine por norma con rango de Ley. 3. Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste. 4. Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante. 5. Salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación, ni el ejercicio de la competencia para resolver un asunto cuando se haya emitido con anterioridad dictamen preceptivo acerca del mismo. 6. La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido. 7. La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

⁸⁷⁹ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*. 21ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 52.

⁸⁸⁰ Ídem.

⁸⁸¹ Artículo 9. Delegación de competencias.

1. Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas. En el ámbito de la Administración General del Estado, la delegación de competencias deberá ser aprobada previamente por el órgano ministerial de quien dependa el órgano delegante y en el caso de los Organismos públicos o Entidades vinculados o dependientes, por el órgano máximo de dirección, de acuerdo con sus normas de creación. Cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente será necesaria la aprobación previa del superior común si ambos pertenecen al mismo Ministerio, o del órgano superior de quien dependa el órgano delegado, si el delegante y el delegado pertenecen a diferentes Ministerios. Asimismo, los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en sus Organismos públicos y Entidades vinculados o dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión. La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo público o Entidad vinculado o dependiente. (...)

los privados, pese a algunas posturas en contra por parte de la misma doctrina española⁸⁸². La delegación en el sistema español únicamente se estructura de acuerdo a relaciones entre órganos (transferencia de competencia entre órganos de un mismo ente público como un mecanismo normal dentro de una estructura jerarquizada); o entre entes públicos distintos (a lo que denominan delegación intersubjetiva)⁸⁸³.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, la delegación contemplada en el art. 76 del TUO de la LPAG ha dejado abierta la posible interpretación de una extensión de su alcance al ámbito de las personas jurídicas del régimen privado. Si bien tiene su fundamento en la redacción del art. 13 de la LRJAP (hoy, art. 9 de LRJSP), varía completamente su redacción en cuanto al alcance subjetivo de la herramienta, innovando (o, mejor dicho, confundiendo) la aplicación normativa y teórica del mecanismo de la delegación en nuestro ordenamiento. ¿Por qué se hizo esto en la referida norma? ¿A qué se debe el cambio y apartamiento parcial del art. 76 del TUO de la LPAG respecto de su antecedente directo?

No encontramos mayor fundamento a este distanciamiento aplicativo entre uno y otro marco legal. El ordenamiento español es claro en determinar que la delegación es un instrumento aplicable únicamente para las relaciones entre personas jurídicas de derecho público, entidades, órganos u organismos públicos en general. Mientras que el ordenamiento peruano parece haber marcado distanciamiento respecto a este supuesto.

Incluso, el Anteproyecto de reforma de la LPAG no planteó reformulación ni mayor regulación respecto al contenido y alcance de dicho dispositivo, confirmando sus extremos de manera íntegra. El Anteproyecto de reforma de la LPAG no alteró, ni mucho menos desarrolló de manera más exhaustiva, el contenido y sentido mismo del mecanismo de la delegación en cuanto a su relación y aplicación en personas jurídicas de derecho privado.

Si bien el art. I.8 del TUO de la LPAG es claro en señalar que eventualmente pueden presentarse supuestos de ejercicio de funciones administrativas por delegación a particulares, no queda del todo claro que la referencia a dicha “delegación” es la que recoge el art. 76 de la norma, o si se trata más bien, como suele suceder, de terminologías indiscriminadamente utilizadas por el legislador para hacer referencia a las categorías y fenómenos jurídicos. Es más, es probable que la referencia a la “delegación” en el art. I.8 esté, incluso, más relacionada a la figura del Encargo de Gestión recogida en el art. 80 del TUO de la LPAG, que expresamente habilita en su numeral 80.4 (previa ley) a encomendar la realización de ciertas funciones administrativas de contenido no complejo a entidades privadas.

Ahora, es pertinente que en este punto de la sección nos realicemos la siguiente pregunta, que de por sí cae por su propio peso: ¿existen en el Perú casos concretos de una aplicación del art. 76 en personas jurídicas de derecho privado? Al respecto, debemos señalar que no tenemos conocimiento de la existencia de supuestos fácticos de una delegación intersubjetiva de competencias o funciones en personas jurídicas privadas (o si los hay, deben ser estrictamente excepcionales), de acuerdo a lo regulado en el referido art. 76.

⁸⁸² Ejemplo de ello es Fernández Ramos, para quien la fórmula de la delegación es el mecanismo que permitiría, dentro del marco legal español, el traslado por su titular del ejercicio de una función pública a los particulares. En: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op.Cit., pp. 533.

⁸⁸³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 51-57.

En efecto, el común de los casos que uno podría apreciar sobre la aplicación práctica de este mecanismo están relacionados a convenios de delegación entre Ministerios, Gobiernos Regionales, Municipalidades Provinciales, Municipalidades Distritales, Organismos Públicos Ejecutores o Especializados, entre otros⁸⁸⁴. La práctica parece direccionarse a una aplicación de la delegación para relaciones entre entidades de derecho público. Ello se condice con el hecho de que muchas de las normas generales de la Administración recogen la posibilidad de aplicar este mecanismo haciendo expresa referencia a relaciones con otras entidades u organismos del Estado, sea de manera intersubjetiva o interorgánica⁸⁸⁵.

A su vez, es cierto que también existen referencias expresas a supuestos de “delegación” por parte de organismos públicos en entidades privadas. Es el caso, por ejemplo, del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 807 -que aprueba las facultades, normas y organización del INDECOPI-, en el cual se señala que este organismo podrá *delegar* la facultad de promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia en defensa de los intereses de los consumidores, conforme al artículo 82 del Código Procesal Civil (intereses difusos), en entidades privadas con capacidad para representar dichos intereses⁸⁸⁶.

No obstante, el mismo contenido del referido artículo no se adecúa a la estructura propia de la delegación administrativa del artículo 76 del TUO de la LPAG. Esa referencia a una posible *delegación* de la facultad de promoción de procesos judiciales no constituye un traslado efectivo del ejercicio de la competencia (o función) susceptible de restringir el propio ejercicio del “delegante”⁸⁸⁷. Por ello, consideramos que dicha referencia está más ligada los supuestos de uso terminológicos indistintos, a los que hicimos mención, en la medida en que nuestro ordenamiento suele utilizar la expresión “delegación” para aludir a diferentes escenarios en el actuar de la Administración.

Sin perjuicio de ello, es claro que esta “delegación” que realiza INDECOPI puede traducirse en una colaboración de entidades privadas en el ejercicio de algunas funciones de dicho organismo, pero esta

⁸⁸⁴ A manera de ejemplo: el “Convenio de delegación de facultades y cooperación institucional entre COFOPRI y la Municipalidad Provincial de Chiclayo, de mayo de 2014”; el “Convenio de delegación para el ejercicio de funciones en materia forestal entre el Gobierno Regional del San Martín y la Municipalidad Distrital de Tingo de Ponasa, de febrero de 2014”; el “Convenio de delegación para la implementación del Piloto de Experiencia Demostrativa en materia de Promoción del Empleo celebrado entre el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Gobierno Regional de Apurímac y la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, de octubre de 2010”; el “Convenio Interinstitucional de Delegación de Funciones en materia de tránsito, vialidad y transporte público entre la Municipalidad Provincial de Oxapampa y la Municipalidad Distrital de Palcazú”; entre otros.

⁸⁸⁵ Por ejemplo, la LOPE señala en su artículo 25 que los Ministros de Estado pueden delegar en los funcionarios de su cartera ministerial, las facultades y atribuciones que no sean privativas de su función, siempre que la normatividad lo autorice (...). Así también, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OSINERGMIN, aprobado por D.S. N° 010-2016-PCM, establece, en sus artículos 7, 9 y 11, que el Consejo Directivo, la Presidencia, y el Gerente General, pueden delegar las funciones que no sean privativas de su cargo.

⁸⁸⁶ Artículo 51.- El Indecopi, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el Artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El Juez admitirá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación efectuada por Indecopi.

⁸⁸⁷ De lo contrario, tendríamos que asumir que cuando INDECOPI se valga de la promoción de procesos judiciales por parte de entidades privadas representativas de intereses colectivos, dicho organismo estaría imposibilitado de promover por sí mismo otros procesos judiciales o participar en el mismo proceso “delegado”. Asimismo, la delegación del art. 76 del TUO de la LPAG es un mecanismo estrictamente temporal, en el que el plazo de duración de delegación es determinado en el mismo acto, y teniendo en cuenta que los procesos judiciales tienden a extender prolongadamente en el tiempo sin tener antedicho un plazo concreto y prefijado, sería contraproducente sujetar la colaboración de dichas entidades privadas a plazos cortos y determinados desde el inicio.

colaboración no se plasma en el mecanismo del artículo 76. En este sentido, a la fecha de hoy, no hemos encontrado aplicaciones concretas del mecanismo de la delegación en personas jurídicas privadas, lo cual es clara muestra de que por más interpretación que se le pueda dar al sentido de los art. 76 y I.8 del TUO de la LPAG, la Administración parece reservarse este mecanismo para sí.

En base a todos estos argumentos, podemos señalar las siguientes conclusiones preliminares (respecto al segundo supuesto de la identificación delegación – EPCA):

- i) La delegación del art. 76 tiene su antecedente directo en el art. 13 de la LRJAP, el cual únicamente hace referencia a una aplicación entre órganos o entidades del Estado, y por ende, el sentido del art. 76 debería interpretarse inicialmente a la luz de dicha disposición;
- ii) Si bien es posible interpretar un ejercicio de funciones administrativas por delegación en virtud del art. I.8 del TUO de la LPAG, dicha afirmación tiene defectos de imprecisión, ambigüedad e insuficiencia, en la medida en que la referencia a la delegación en otros cuerpos normativos se ciñe, usualmente, a una relación entre entidades u órganos de derecho público. Y porque la misma descripción del art. 76 -que debería ser una disposición suficiente y completa-, no permite por sí misma dar cuenta de esta posibilidad sin la complementación del art. I.8;
- iii) El sentido del art. I.8 parece estar más referido a las funciones administrativas que, en virtud de un Encargo de Gestión, se podrían encomendar a personas jurídicas de derecho privado; y,
- iv) No se han presentado casos concretos de una aplicación de la delegación en virtud del art. 76 del TUO de la LPAG en personas jurídicas de derecho privado, lo cual hace presumir una falta de intensión de las Administraciones de valerse de este tipo de mecanismo para concretar sus eventuales formas de colaboración con los privados.

Somos de la opinión de que, quienes consideren que la delegación podría tener una aplicación amplia que incluya a los privados a partir de una interpretación sistemática del art. 76 y el art. I.8 del TUO de la LPAG, deberían dar cuenta de supuestos concretos que confirmen dicha postura. Sin una aplicación práctica de esta interpretación, todo el análisis quedará en una mera especulación teórica.

Nuestra postura, por el contrario, es claramente renuente a dicha interpretación, considerada por nosotros como no recomendable. Para nosotros, la delegación administrativa, según el art. 76, es un mecanismo *diseñado* para una relación entre entidades de derecho público, para el cumplimiento de una finalidad organizacional al interior de la Administración, y por ello, aplicable únicamente para relaciones interorgánicas (mismo ente público), o intersubjetivas (entre diferentes entidades del sector público).

Como se puede ver, son más los argumentos que se opondrían a la posibilidad de aplicar el mecanismo de la delegación en privados, que los argumentos a favor (principalmente reducidos a una interpretación amplia de la norma). Sostenemos, por ello, que el mecanismo de la delegación recogido en el art. 76 del TUO de la LPAG no es aplicable a las personas jurídicas del sector privado, de modo tal que el EPCA deberá manifestarse a través de otro mecanismo legal.

3.3.6. Tercer supuesto: la delegación debe poder manifestar una forma de Colaboración Público-Privada

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde analizar asimismo el tercer supuesto de la relación “delegación – EPCA”, referido a la posibilidad de que dicho instrumento constituya un mecanismo

de colaboración suficiente, atrayente y dinámico en su relación con las entidades privadas colaboradoras. La delegación es un medio de colaboración entre entidades u órganos de la Administración pública. Y ello se corresponde con que dicho mecanismo se concrete en un determinado convenio de colaboración suscrito entre la entidad u órgano delegante y delegado, *pues es el convenio el instrumento usual de colaboración entre las entidades de la Administración*⁸⁸⁸.

Si bien el art. 76 no señala expresamente que la delegación se plasme en un convenio de colaboración entre entidades, regulado en los artículos 85 y 86 del TUO de la LPAG, los casos prácticos⁸⁸⁹ que encontramos respecto de dicho mecanismo de ordenación administrativa dan cuenta de la correspondencia entre una y otra figura. Al respecto, el artículo 85 del TUO de la LPAG señala lo siguiente:

Artículo 85.- Colaboración entre entidades

85.1 Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley.

85.2 En atención al criterio de colaboración las entidades deben:

85.2.1 Respetar el ejercicio de competencia de otras entidades, sin cuestionamientos fuera de los niveles institucionales. (...)

Asimismo, el artículo 86 del TUO de la LPAG establece expresamente lo siguiente:

Artículo 86.- Medios de colaboración interinstitucional

86.1 Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante conferencias entre entidades vinculadas, convenios de colaboración u otros medios legalmente admisibles.

86.2 Las conferencias entre entidades vinculadas permiten a aquellas entidades que correspondan a una misma problemática administrativa, reunirse para intercambiar mecanismos de solución, propiciar la colaboración institucional en aspectos comunes específicos y constituir instancias de cooperación bilateral. Los acuerdos serán formalizados cuando ello lo amerite, mediante acuerdos suscritos por los representantes autorizados.

86.3. Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación.

86.4. Las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.

De una lectura de los artículos anteriormente citados, se puede apreciar que las entidades del Estado tienen el deber de colaborar entre sí para la atención de sus actividades y fines públicos. La colaboración resulta un criterio que rige la actuación administrativa, y se aplica siempre respetando los ámbitos de competencia de cada institución del Estado. Como bien señala Morón Urbina, la relación de colaboración refleja la necesidad del interés público de que las entidades administrativas

⁸⁸⁸ CARBONELL PORRAS, Eloísa. Op.Cit., pp. 292.

⁸⁸⁹ el “Convenio de delegación de facultades y cooperación institucional entre COFOPRI y la Municipalidad Provincial de Chiclayo, de mayo de 2014”; el “Convenio de delegación para el ejercicio de funciones en materia forestal entre el Gobierno Regional del San Martín y la Municipalidad Distrital de Tingo de Ponasa, de febrero de 2014”; el “Convenio de delegación para la implementación del Piloto de Experiencia Demostrativa en materia de Promoción del Empleo celebrado entre el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Gobierno Regional de Apurímac y la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, de octubre de 2010”; el “Convenio Interinstitucional de Delegación de Funciones en materia de tránsito, vialidad y transporte público entre la Municipalidad Provincial de Oxapampa y la Municipalidad Distrital de Palcazú”; entre otros.

actúen de manera coordinada en aquellos asuntos de su competencia material, en los cuales mantengan afinidad o cercanía funcional⁸⁹⁰.

Ahora, dentro de las muchas formas a través de las cuales se puede manifestar la colaboración entre entidades, el TUO de la LPAG desarrolla específicamente dos mecanismos genéricos (porque, como veremos, habrá también mecanismos específicos). Estos son las “conferencias entre entidades” (art. 86.2) y los “convenios de colaboración” (art. 86.3).

Las conferencias se aplican para reuniones entre entidades vinculadas, que se desarrollan en torno a una problemática en común, y buscan canalizar el intercambio de planteamientos y soluciones de forma cooperativa. Por su descripción, es claro que se trata de formas de colaboración que resaltan los mecanismos de diálogo y trato directo para atender los ámbitos requeridos de colaboración, sin perjuicio de que las propuestas o acuerdos puedan ser posteriormente formalizados en documentos vinculantes.

Los convenios de colaboración se manejan en una mecánica diferente. Mediante éstos, las entidades se vinculan a través de sus respectivos representantes y en los ámbitos de su debida competencia mediante la suscripción de un convenio que, a su vez, se origina en un acto específico⁸⁹¹. Es decir, las entidades públicas pueden valerse de diferentes mecanismos establecidos por el ordenamiento para atender determinados requerimientos funcionales⁸⁹², y la manera a través de la cual estos mecanismos desarrollan cada uno de los elementos involucrados en su contenido, es a través de la formalización de un convenio de colaboración⁸⁹³.

Un convenio de colaboración (institución de muy poco tratamiento orgánico y doctrinal) es un instrumento que se rige por el principio de voluntariedad y libre consentimiento de las administraciones, de modo que, sin llegar a ser contratos, no suponen la mera aplicación de efectos legales, sino que se sustentan en la autonomía de la voluntad administrativa ejercida en el marco del

⁸⁹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Op.Cit., pp. 368.

⁸⁹¹ El convenio es una figura particular dentro del derecho administrativo moderno. La figura aparece solamente tres veces en el TUO de la LPAG: en dos de los casos referidos a mecanismos de cooperación y en uno de ellos a la posibilidad de que se celebren entre particulares en el ámbito de los procedimientos trilaterales. En: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Proceso de selección por encargo”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, N° 44, 2015, pp. 148.

⁸⁹² Los convenios de colaboración se encuentran exentos del ámbito de aplicación de las normas de contratación estatal, de acuerdo a lo señalado en el literal c) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225. Se entiende que, al tratarse de convenios que desarrollan ámbitos no lucrativos ni patrimoniales, quedan fuera de la aplicación de normas de contratación pública para ajustarse únicamente a las normas de procedimiento general y especial de cada entidad pública. Ello resaltaría, como se ha señalado anteriormente, la naturaleza no económica de las funciones públicas, toda vez que al ser éstas el objeto de delegación administrativa (y con ello, contenido mismo del convenio de colaboración), su exclusión de las normas de contratación resalta su carácter no patrimonial.

⁸⁹³ El ordenamiento jurídico peruano no define de una manera adecuada qué debe entender por convenio. Así, y como bien advierte la doctrina, un problema preexistente en los ordenamientos jurídicos es la incomprensible ausencia de una definición legal o, incluso, de un concepto doctrinal consolidado y aceptado de manera general que delimite claramente los elementos que conforman el “convenio de colaboración”, y la pluralidad de denominaciones con que se le designa en buena prueba de esta falta de unanimidad (convenios, conciertos, contratos de programa, acuerdos, protocolos, etc.). En este sentido, sería de mucha utilidad el impulso y fomento de investigaciones paralelas que profundicen sobre esta figura, muy poco explorada y tratada no sólo por la doctrina sino también por el mismo marco legal peruano. Revisar: BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y Javier Castro Raimóndez. “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. En: *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*. Andalucía, N° 51, 2010, pp. 69; PASCUAL GARCÍA, José. “Convenios de Colaboración y Encargos a entes instrumentales la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”. En: *Revista Española de Control Externo*. Madrid, Vol. 10, N° 28, 2008, pp. 38; y, GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Loc.Cit.

ordenamiento jurídico⁸⁹⁴. Por los convenios de colaboración, dos o más entidades acuerdan dar estabilidad a la colaboración recíproca entre sí, asumiendo cuáles serán las técnicas a emplear y su contenido. El contenido generalmente versa respecto a los órganos que celebran el convenio, la competencia que ejerce cada entidad, la financiación, las actuaciones acordadas, el plazo, entre otros aspectos⁸⁹⁵.

Ahora, los convenios de colaboración son mecanismos genéricos, y ello se debe precisamente a que desarrollan los contenidos de actos específicos regulados por el marco legal. Y estos actos específicos son, a manera de ejemplo, la delegación o el encargo de gestión. En este sentido, los mecanismos de traslado de ejercicio de la competencia se formalizan en la suscripción del respectivo convenio de colaboración. La delegación es un mecanismo de ordenación de la actividad administrativa, pero principalmente, constituye un mecanismo de colaboración pública, lo cual se condice con lo señalado en el artículo 85.1 del TUO de la LPAG.

Siendo esto así, es perfectamente factible que este mecanismo de colaboración puede formalizar su contenido (entiéndase, las funciones trasladadas, el plazo de duración, los compromisos asumidos por delegante y delegado, entre otros) a través de los convenios regulados en el artículo 86.3 del TUO de la LPAG. Por lo tanto, queda claro que la delegación administrativa es un medio de colaboración entre entidades u órganos públicos, y que se vale del mecanismo genérico del convenio de colaboración para concretar su contenido entre los actores delegante y delegado.

Sin perjuicio de ello, el artículo 86 también habilita a que los convenios de colaboración sean celebrados entre entidades públicas y agentes privados. Así, de acuerdo al numeral 86.4 (introducido a partir de la modificación hecha por el Decreto Legislativo N° 1272), las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público. Más allá del análisis de si la figura del convenio, por sí sola, pueda servir para el efectivo traslado de funciones públicas a los particulares bajo esquemas onerosos (lo cual será evaluado en la sección 3.5 del presente capítulo), consideramos que, en virtud del numeral 86.4, no se abre la posibilidad a que -en ocasión de un convenio celebrado entre entes públicos y privados- se pueda dar origen a la aplicación del mecanismo de la delegación administrativa en las relaciones con el sector privado⁸⁹⁶.

Habiendo señalado esto, la gran incertidumbre giraría en torno a si la delegación, más allá de constituir una forma de colaboración entre entes públicos, puede encajar también como un mecanismo de colaboración entre los sectores público y privado, es decir, una forma de CPP. Para ello, resulta

⁸⁹⁴ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 55. Cita original de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 369.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, pp. 373.

⁸⁹⁶ Al respecto, consideramos que la posibilidad de celebrar convenios entre entes públicos y privados no implica que a través de ellos se dé cabida a la utilización del mecanismo de la delegación administrativa. El convenio es una figura genérica que se encuentra presente también en la rama del derecho privado, y claro está, pueden utilizarse para la colaboración entre entes públicos y privados en determinados ámbitos. Si bien hemos desarrollado la figura de los convenios de colaboración entre entes públicos (por el mismo deber de colaboración promovido por el numeral 85.1 del TUO de la LPAG), el ordenamiento contempla también la utilidad de estos convenios en las relaciones con el sector privado, principalmente orientadas a actividades de promoción social. Atendiendo a ello, consideramos que el numeral 86.4 pretende regular principalmente los supuestos de colaboración sin fines de lucro (por ejemplo, con determinados colectivos civiles, ONG's o empresas privadas para atender fines altruistas o de interés social, a título gratuito). Pero independientemente de la naturaleza del convenio regulado en el numeral 86.4 (que, como indicamos, será mejor abordado en su momento), descartamos que a través de éste se dé origen (adicionalmente) a la aplicación de mecanismos delegación administrativa a los privados, específicamente bajo esquemas de EPCA (de carácter indudablemente lucrativos). Ello en la medida en que, por sí mismo, el mecanismo de la delegación administrativa no es aplicable a las relaciones con los privados, de acuerdo a los argumentos desarrollados (y por desarrollar) a lo largo de la presente sección.

conveniente comenzar analizando cuál sería la dinámica concreta del mecanismo de la delegación. Según el numeral 76.2 del art. 76 del TUO de la LPAG, no es posible delegar atribuciones esenciales que justifican la existencia de la entidad delegante, atribuciones para emitir normas generales; atribuciones para resolver recursos a los órganos que hayan emitido el acto objeto de recurso; y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

Al respecto, nos parece un primer obstáculo, en la concepción de la delegación como una forma de CPP, la primera prohibición del art. 76.2, en la medida en que la naturaleza misma del EPCA termina vinculándose a una serie de funciones públicas incardinadas en los órganos y entidades de la Administración, haciéndose dificultoso el separar a las funciones públicas “justificantes” de las que no lo son. Por ejemplo, tenemos el caso de los Terceros Supervisores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Los Terceros Supervisores de OEFA⁸⁹⁷, como se verá luego, son las personas jurídicas o personas naturales que, en virtud de un procedimiento de habilitación por inscripción, realizan la actividad supervisora (auténtica función pública) de dicho organismo. En este escenario, como puede apreciarse, tenemos a sujetos privados que realizan una actividad justificante de la existencia del OEFA (supervisión).

La delegación no permitiría dicha atribución, toda vez que este mecanismo no puede trasladar el ejercicio de una función justificante del delegante, pero la realidad del EPCA (esta vez, expresado en los terceros supervisores en cuanto personas jurídicas), demuestra que a través de otros medios sí es posible realizar dicha operación. Y es que el esquema del EPCA, si bien no ingresa en el ámbito de las funciones esenciales del Estado (intransferibles e indisponibles), al tratarse de auténticas funciones públicas de la Administración muchas veces puede acercarse a ciertas funciones justificantes de la existencia de algunos organismos públicos, situación expresamente excluida en la mecánica de la delegación administrativa.

Por otro lado, el numeral 76.3 del art. 76 señala que, “mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado”. Es decir, si un órgano o entidad delega una función a otro, el delegante bajo ningún motivo podría realizar la función delegada (a menos que ésta sea objeto de avocación⁸⁹⁸ o revocación). El delegante, según el art. 77 del TUO de la LPAG⁸⁹⁹ “tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado”, bajo responsabilidad, pero dicha vigilancia no implicaría de modo alguno un ejercicio o actuar directo del delegante en cuanto a la función delegada, de acuerdo al numeral 76.3. El delegante mantiene la responsabilidad de vigilar el actuar del delegado, pero no puede involucrarse directamente en el ejercicio de la función delegada. Precisamente, es esta prohibición tajante y expresa la que pone en duda la utilidad del mecanismo de la delegación como una forma natural de CPP, que en definitiva caracteriza al EPCA.

Al tomar nuevamente el ejemplo de los Terceros Supervisores del OEFA, como una forma de EPCA (cuando son personas jurídicas), sería inconcebible que a través de la delegación se pueda realizar este traslado de funciones públicas a los privados (supervisores), toda vez que ello implicaría que el OEFA no pueda realizar, mientras dure la delegación, la actividad de supervisión ambiental en casos

⁸⁹⁷ Revisar: Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD.

⁸⁹⁸ Art. 78.- Avocación de competencia

69.1 Con carácter general, la ley puede considerar casos excepcionales de avocación de conocimiento, por parte de los superiores, en razón de la materia, o de la particular estructura de cada entidad.

⁸⁹⁹ Art. 77.- Deber de vigilancia del delegante

El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia.

concretos. El hecho de que una entidad pública traslade el ejercicio de algunas de sus funciones públicas a entidades privadas colaboradoras, no quiere decir que dicha entidad pública no pueda seguir realizando su actividad. Afirmar lo contrario significaría, por ejemplo, que el MINJUS (a través del INPE) no pueda realizar actividades supervisión, control u otras conexas en un escenario de concesión de infraestructura penitenciaria a una empresa privada. Dicha situación no se puede admitir, y por ello, la estructura de la delegación administrativa sería un evidente impedimento para tal dinámica.

Ahora, como señalamos anteriormente en esta investigación, el EPCA es una forma de CPP entre sector público y sector privado. En este sentido, el privado realiza una función pública de titularidad de la Administración, en una relación de cooperación mutua. En esta relación de colaboración, el privado es el que ejerce la función, pero la Administración no se limita únicamente a vigilar la actuación del ejerciente, sino que podría incluso participar de alguna manera en las tareas necesarias que viabilicen el ejercicio de la función en cuestión.

Las entidades colaboradoras de la Administración son, como su nombre lo indica, personas jurídicas que colaboran, apoyan, brindan soporte y coadyuvan en el ejercicio de determinadas tareas de la Administración de alto interés público. Por ello, la participación del privado en el ejercicio de dicha tarea no es una ecuación rígida predeterminada por la norma, sino que, por su naturaleza, debe dar el suficiente espacio para que tanto Administración como privado coordinen la mejor manera de ejercer la actividad correspondiente.

En un esquema de CPP, tanto Administración como privados actúan de manera continua y directa, complementándose uno con el otro. Si bien en el EPCA es el privado el encargado de ejercer la función pública trasladada, nada obsta a que la Administración pueda colaborar de diferentes modos alternativos a la sola vigilancia (por ejemplo, realizar directamente la actividad en algunos supuestos, realizar tareas accesorias, entre otras). La Administración no se reduce únicamente a ser un vigilante del ejercicio de la función por parte del privado, sino que constituye un verdadero colaborador del ejercicio de la función trasladada al particular. Por ello, somos de la opinión de que la restricción establecida en el art. 76.3 del TUO de la LPAG es contraproducente a los fines del EPCA, por tratarse ésta de una figura con mayor dinamismo a la rígida secuencia de la delegación administrativa.

Cabe preguntarnos, a su vez, lo siguiente: ¿Es atractivo para el privado colaborar con la Administración en el ejercicio de una función pública a través de la delegación del artículo 76? Recordemos que el EPCA, si bien constituye una forma a través de la cual la Administración busca cumplir y garantizar la realización de ciertas actividades de interés público, no excluye el interés del privado ejerciente de la actividad.

Al igual de lo que sucede en el plano de los servicios públicos y los supuestos de CPP como Asociaciones Público-Privadas o Iniciativas Privadas, el interés público que subyace a estas formas de participación no excluye los intereses económicos o empresariales del concesionario o colaborador privado. Las entidades privadas colaboradoras, específicamente, trabajan en conjunto con la Administración para atender a sus propios intereses de negocio, situación que desde luego está presente en el esquema del EPCA.

Respecto a ello, y teniendo en claro que el mismo TUO de la LPAG especifica las limitaciones a la participación de la entidad delegante (a un mero vigilante de la actividad del delegado), la libertad de negociación del convenio estará igualmente limitada, lo cual se aleja bastante del esquema de CPP que gira en torno a los sistemas concesionales, contractuales, y desde luego, al sistema del EPCA.

Asimismo, un esquema de CPP no se reduce únicamente a la decisión unilateral de un ente de la Administración pública respecto a la utilidad y conveniencia de participar en un proyecto con el privado, toda vez que las mismas empresas privadas pueden recurrir y proponerle a la Administración la ejecución de un proyecto en conjunto, a lo cual conocemos como iniciativas privadas.

El EPCA, como una forma de CPP, no puede restringirse a que sea sólo la Administración la que busque la colaboración del privado, toda vez que ello suprime la posibilidad a que, en determinadas circunstancias, sean las mismas personas jurídicas privadas las que le propongan a la Administración “descargarse” de ciertas funciones para garantizar su eficiente y adecuado ejercicio. Como se verá mejor más adelante, si bien el EPCA está enfocado en el ejercicio de auténticas funciones públicas de la Administración, no vemos por inconveniente que sea el mismo agente privado el que, a través de un canal específico de recepción de propuestas, pueda plantearle a la Administración el ejercicio de algunas de sus funciones públicas (siempre bajo la estricta reglamentación correspondiente). No afirmamos que el EPCA pueda estar regulado por el régimen de iniciativas privadas de nuestro marco legal, pero sí consideramos que pueden crearse sistemas específicos que canalicen ciertas propuestas del sector privado para una participación efectiva en determinadas funciones públicas y administrativas de las entidades de la Administración.

Ello, no obstante, no sería posible mediante el mecanismo de la delegación. Independientemente de si este mecanismo es o no aplicable en personas jurídicas de derecho privado (inviabile según nuestra opinión), el delegado generalmente no recurre al delegante para solicitarle o proponerle una delegación de funciones. En la delegación, usualmente se parte de una decisión de la entidad delegante (que debe ser aceptada por el delegado cuando se trata de delegaciones interadministrativas) de trasladar ciertas funciones a otra entidad u órgano por razones de una mejor distribución de las tareas asumidas, atendiendo a los criterios de oportunidad establecidos en la norma.

Más allá de que el TUO de la LPAG no regula de manera exhaustiva todos los elementos vinculados al proceso y concreción de dicho mecanismo, es de notar que la delegación no parece dar espacio a sistemas de convocatoria, procesos de selección ni mucho menos canales para la presentación -por iniciativa del interesado- de propuestas de colaboración en el ejercicio de las funciones de la entidad pública titular.

En los sistemas de CPP hay dinamismo tanto en el inicio como en el desarrollo de los proyectos de colaboración. Los agentes privados manejan una serie de mecanismos habilitados para coordinar con el Estado la organización, distribución, ejecución y tutela de todos los elementos vinculados al ejercicio o prestación de las actividades materia del proyecto. ¿Sucede esto en la delegación administrativa? En efecto, la delegación dista mucho de ser un adecuado mecanismo de CPP, y por lo mismo, se trataría de un instrumento desajustado a la mecánica del EPCA. Esta idea cae por su propio peso, toda vez que, en efecto, ¿qué empresa privada se sentiría atraída por colaborar onerosamente con la Administración en virtud de este mecanismo, de por sí insuficientemente regulado?

Si la delegación es un instrumento que, más allá del art. 76 del TUO de la LPAG y alguno que otro dispositivo contemplado en normas sectoriales, no tiene mayor regulación ni precisión en cuanto su procedimiento, contenido, alcance, sistema de responsabilidad, entre otros elementos; ¿cómo se podría pretender que un empresario privado encuentre la suficiente seguridad jurídica y dinamismo para acceder a colaborar con la Administración en el ejercicio de actividades tan complejas como las funciones públicas?

El art. 76, único sustento normativo genérico de la delegación administrativa no podría compararse con marcos legales enteros y completos como el DL 1224, la LCE, entre otros; los cuales sí contienen regulaciones exhaustivas sobre sus respectivos mecanismos de CPP. El art. 76, si se quiere apostar por una delegación a favor de privados, constituiría el marco legal general de este sistema colaborador. Se trataría, en suma, de una regulación a base de interpretaciones. El art. 76, y las interpretaciones que giran en torno a la viabilidad de su aplicación en personas jurídicas de derecho privado, serían las únicas fuentes generales de referencia y regulación de este tipo de proyectos, y, como es evidente, no es posible brindar seguridad jurídica a los administrados a base de meras interpretaciones normativas.

La tarea de diferentes marcos legales completos estaría, entonces, siendo realizada por tan sólo un par de artículos del TUO de la LPAG y algunas referencias menores en normas sectoriales. ¿Cómo puede un mecanismo de CPP ser regulado por tan sólo unos artículos en todo nuestro ordenamiento jurídico? ¿No es esto un sinsentido desde donde se le vea? Por supuesto que sí.

Y ello no hace más que corroborar que, en efecto, la delegación no es un mecanismo de CPP. La delegación es únicamente un mecanismo de colaboración y organización administrativa entre entidades y órganos del sector público, y por lo mismo, es entendible que su regulación se limite a lo señalado en el TUO de la LPAG y algunas normas sectoriales de diferentes entidades públicas. Muy aparte de todos los argumentos vertidos para negar la aplicación de este instrumento en las personas jurídicas privadas, deberíamos considerar un aspecto práctico que subyace a este criterio. El EPCA, como figura teórica, ha sido bastante estudiado por la doctrina española, y como no, regulado (aunque también insuficientemente) por su ordenamiento jurídico.

Como ya se señaló anteriormente, la delegación administrativa en España no es aplicable (ni por interpretación) en entidades privadas, sino únicamente en entidades u órganos del sector público. Asimismo, sabemos que los supuestos de aplicación del EPCA⁹⁰⁰ han sido desarrollados tanto por la doctrina y normativa española. En este sentido, ¿no hubiera sido lógico que, al momento de identificar un mecanismo aplicable para esta forma de colaboración, el derecho español se hubiera fijado en la delegación administrativa si ésta fuera de alguna manera adecuada para dicho fin?

Es decir, al momento de regular el EPCA en el derecho español, una salida habría sido la modificación normativa del mecanismo de la delegación para hacerla compatible con dicho sistema de colaboración. El marco legal español podría haber considerado que la delegación, más allá de la estricta plataforma pública, podría ser (mediante una modificación normativa) un instrumento aplicable a entidades privadas, dando solución a la interrogante en torno a la materialización del EPCA.

Sin embargo, esto no sucedió. El derecho español no consideró modificar el alcance subjetivo de este mecanismo a la hora de regular el EPCA, y ello se debe precisamente a que la naturaleza jurídica de la delegación administrativa no es compatible con este sistema de CPP. Si bien es cierto que el ordenamiento español tampoco tiene un mecanismo específico para el traslado de funciones públicas a particulares (adoleciendo casi de los mismos obstáculos normativos y teóricos⁹⁰¹ del ordenamiento peruano), nunca se planteó como posible salida el recurrir a dicho mecanismo. Las entidades colaboradoras de funciones públicas en España no están reguladas por las normas de delegación

⁹⁰⁰ Como la actividad de certificación, control y supervisión de actividades industriales.

⁹⁰¹ Como se señaló anteriormente, el derecho español ha venido recurriendo a la utilización de los mecanismos de autorización y concesión para efectuar el traslado de funciones públicas a particulares, siendo esto un desperfecto teórico reconocido por su propia doctrina.

administrativa, ni se ha visto por conveniente modificar el alcance subjetivo de dicho mecanismo para hacer posible la regulación normativa de esta forma de colaboración.

Ello, claro está, no quiere decir que en España sí tengan un adecuado mecanismo para el traslado de funciones públicas a los particulares. Como se hizo mención anteriormente, en España existen obstáculos teóricos evidentes a la hora de materializar este tipo de supuestos, toda vez que comúnmente recurren a las figuras de la concesión y autorización a falta de una regulación general expresa. Ejemplos de ello son la Ley 12/2007 de Servicios Sociales (que regula los supuestos de entidades privadas colaboradoras en actividades sociales), y la Ley 26/2010 de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas Catalanas (en adelante, “LRJPAPC”).

Sobre esto último, la LRJPAPC puede considerarse el primer texto legislativo que de manera directa regula los escenarios de las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas en España. Esta ley, según su art. 91.1, define a las entidades colaboradoras como “entidades técnicas especializadas, públicas o privadas, con personería jurídica propia, que deben disponer de los medios materiales y personales, así como cumplir los requisitos de solvencia técnica y financiera establecidos por reglamento”. En específico, mediante la LRJPAPC, el ordenamiento español prevé la posibilidad de que las administraciones públicas catalanas puedan encomendar el ejercicio de funciones de inspección y control (auténticas funciones públicas) a entidades colaboradoras debidamente habilitadas en los términos establecidos por dicha ley y la normativa sectorial (art. 91.1).

En efecto, la manera mediante la cual dichas entidades colaboradoras estarán “debidamente habilitadas” para ejercer las funciones de inspección y control es la que expresamente señala el numeral 92.1 de la referida la ley. Dicho dispositivo señala que “se entiende por habilitación la resolución administrativa dictada por el órgano competente por la que se declara la aptitud y la capacidad”⁹⁰² de la entidad colaboradora para ejercer dichas funciones. Por ende, es la resolución administrativa de habilitación (y su posterior registro de oficio – art. 93) la que, como bien señala Canals, *externaliza* las funciones reservadas al ámbito de lo público⁹⁰³ hacia la esfera de ejercicio de las entidades privadas colaboradoras, para el caso específica de las competencias catalanas.

Este sistema de habilitación tiene como finalidad garantizar que las entidades colaboradas y su personal técnico cumplan con los requisitos establecidos por la ley catalana y aquellos otros que se determinen reglamentariamente. En este sentido, la ley catalana regula este sistema de habilitación como uno de carácter constitutivo, en el que la condición de “entidad colaboradora” se adquiere mediante la correspondiente resolución de habilitación a cargo de la Administración competente⁹⁰⁴.

⁹⁰² Artículo 92. Sistema de habilitación.

1. La finalidad del sistema de habilitación es garantizar que las entidades colaboradoras y su personal técnico cumplen los requisitos de capacidad, independencia, imparcialidad y responsabilidad, así como los demás requisitos que puedan establecerse por reglamento.

2. Se entiende por habilitación la resolución administrativa dictada por el órgano competente por la que se declara la aptitud y la capacidad de una entidad colaboradora, y de su personal técnico, para ejercer las funciones de inspección y control en un ámbito material que la legislación de aplicación reserva a la Administración pública. La habilitación otorga la condición de entidad colaboradora.

3. Los órganos administrativos competentes para la habilitación de entidades colaboradoras de la Administración de la Generalidad son designados por la normativa sectorial.

⁹⁰³ CANALS I AMETLLER, Dolors. “Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de intervención administrativa”. En: *Comentarios a la Ley 26/100, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*. Madrid: Editorial Iustel, 2012, pp. 605-606.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 616.

El sistema de habilitación de esta ley tendría todas las características procedimentales de la autorización administrativa, pero su efecto, sobre el destinatario, sería de tipo constitutivo y no meramente declarativo de derechos, efecto propio de un mecanismo concesional. Posteriormente revisaremos la naturaleza propia de este tipo de sistemas de habilitación, que, en suma, tienen más relación con un mecanismo de *acreditación* administrativa.

Sin embargo, muy aparte de las diferentes características que giran en torno al sistema de habilitación de Cataluña, lo cierto es que su procedimiento y mecanismo de habilitación es propio de una autorización administrativa. Sin perjuicio de ello, y más allá del debate teórico entorno al clásico sistema de títulos habilitantes, es de notar que el ordenamiento español no ha previsto aplicar ni modificar el alcance subjetivo de la delegación administrativa.

La resolución administrativa de habilitación -autorización- u otros mecanismos utilizados por el marco legal español para regular las entidades privadas colaboradoras de la Administración no tienen relación alguna con el instrumento de la delegación; en resumen, ni siquiera lo consideran. Por ende, nada obsta a que nuestro marco legal, más allá de pretender ahondar sobre un mecanismo jurídico poco preciso y ambiguo, podría optar por desarrollar otras formas de habilitación para el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas.

3.3.7. Conclusión del apartado

En este sentido, y de acuerdo a los argumentos vertidos a lo largo de la presente sección, somos de la opinión de que la delegación administrativa no es el mecanismo idóneo para habilitar el ejercicio de funciones públicas por parte de entidades privadas colaboradoras de la Administración, por las siguientes razones que exponemos a manera de resumen:

- Sobre la posible aplicación del artículo 76 del TUO de la LPAG en los privados, bajo una interpretación sistemática con el art. I.8, consideramos que la verdadera intención del ordenamiento peruano fue únicamente la de extender la aplicación de algunas disposiciones de esta Ley a este tipo de personas jurídicas, y no la de darles calidad de entes de la Administración.
- El art. 76 utiliza la terminología “entidad” para aludir tanto a delegante como delegado. Teniendo en claro que “entidad delegante” sólo puede ser pública, lo correspondiente sería que la “entidad delegada” también lo sea. Asimismo, la delegación administrativa tendría que ser aplicada en una persona jurídica privada ya considerada como entidad según el TUO de la LPAG, es decir, que se encuentre realizando, en ese momento, funciones público-administrativas, precisamente, por delegación, lo cual resulta un razonamiento confuso y austero de precisión.
- El marco normativo español de procedimiento administrativo, del cual se inspira nuestro TUO de la LPAG, reguló el mecanismo de delegación únicamente para ser aplicado entre personas jurídicas de derecho público, y no para su eventual aplicación a personas jurídicas privadas. En este sentido, la delegación del art. 76 tiene su antecedente directo en el art. 13 de la LRJAP, el cual únicamente hace referencia a una aplicación entre órganos o entidades del Estado, y, por ende, el sentido del art. 76 debería interpretarse inicialmente a la luz de dicha disposición;

- Hoy en día no existen supuestos fácticos de una delegación intersubjetiva de competencias o funciones en personas jurídicas privadas (o si los hay, deben ser estrictamente excepcionales), de acuerdo a lo regulado en el art. 76 del TUO de la LPAG. El común de los casos apreciables (sobre la aplicación práctica de este mecanismo) están relacionados a convenios de delegación entre Ministerios, Gobiernos Regionales, Municipalidades Provinciales, Municipalidades Distritales, Organismos Públicos Ejecutores o Especializados, entre otros.
- La delegación dista mucho de ser un adecuado mecanismo de CPP, y por lo mismo, se trataría de un instrumento desajustado a la mecánica del EPCA. Al ser la delegación un instrumento que, más allá del art. 76 del TUO de la LPAG y otras referencias en normas sectoriales, no tiene mayor regulación procedimental ni de contenido, difícilmente un empresario privado percibiría la suficiente seguridad jurídica, dinamismo, permeabilidad y flexibilidad negocial como para sentirse atraído de participar en colaboración con el Estado.

Son estos los principales argumentos que, desde nuestro punto de vista, impiden concebir a la delegación administrativa como un mecanismo idóneo para concretar el traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio privada.

En este sentido, la respuesta deberá estar enfocada en otro mecanismo legal, o quizá, a ninguno en específico. A estas alturas de la investigación, el panorama de los instrumentos legales aplicables a esta forma de colaboración parece ir reduciéndose drásticamente. Y un efecto de ello, no deseado, aunque entendible, es que probablemente no haya una respuesta firme y concreta para nuestra interrogante. Pero vayamos por partes, pues falta aún revisar otro mecanismo directamente vinculado al ejercicio de las funciones de la Administración, y que incluso tiene más asidero en las eventuales relaciones con los privados. Hablamos del mecanismo del Encargo de Gestión, recogido en el artículo 80 del TUO de la LPAG.

3.4. El encargo de gestión

La posibilidad de que la Administración lleve a cabo y ejecute actuaciones por medio de sus propios servicios sin la necesidad o la obligatoriedad de acudir necesariamente al mercado exterior o al sector privado ha sido reconocida desde hace mucho por el Derecho administrativo⁹⁰⁵.

En concreto, estos supuestos en los que la Administración utiliza sus propios medios para configurar modalidades de actuación para la atención de sus propias finalidades públicas se enmarcan dentro de los métodos de ordenación o técnicas de distribución funcional de las competencias administrativas, sobre los cuales ya hemos tratado como un primer ejemplo a la técnica de la delegación. La técnica del encargo de gestión constituye también un método de ordenación de la actividad administrativa, y, ante todo, un mecanismo de colaboración entre entidades de la Administración, que tiene su

⁹⁰⁵ BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y Javier Castro Raimóndez. Op.Cit., pp. 67.

fundamento en el principio de colaboración administrativa y la potestad de auto-organización⁹⁰⁶ que se reconoce a determinados sujetos públicos⁹⁰⁷.

3.4.1. Concepto

Al igual que la delegación administrativa, el encargo de gestión se enfoca en un traslado del ejercicio de ciertas funciones de la Administración⁹⁰⁸, pero con algunas peculiaridades de fondo bastante determinantes que serán estudiadas en su momento. El encargo de gestión se reguló de manera genérica por primera vez en el TUO de la LPAG, toda vez que no se encontraba en ninguna de las normas de procedimiento administrativo precedentes⁹⁰⁹. En conformidad con ello, este mecanismo se encuentra recogido en el artículo 80 de la referida norma, el cual señala expresamente lo siguiente:

Artículo 80.- Encargo de gestión

80.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

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

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

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

Como se puede apreciar, el artículo 80 del TUO de la LPAG recoge la técnica del encargo de gestión como un mecanismo diseñado para que las entidades u órganos del sector público puedan trasladar la realización de actividades de carácter material, técnica o de servicios a otras personas jurídicas para una mejor ejecución de las mismas.

Al igual que la delegación administrativa, el encargo de gestión tiene su antecedente directo en el artículo 15 de la derogada LRJAP, y hoy en el artículo 11 de la LRJSP⁹¹⁰. En el ordenamiento español,

⁹⁰⁶ La potestad de auto-organización se concentra en dos ámbitos fundamentales: i) potestad organizativa interna, que se concreta no sólo en la capacidad de crear, modificar o suprimir los diferentes órganos administrativos, sino también la posibilidad de crear otras personas jurídicas que se situarían en el ámbito de la administración pública; y, ii) una potestad organizativa externa, o interadministrativa, que trasciende el campo de influencia de la sola administración pública interesada para adentrarse en la esfera de actuación de otras administraciones públicas. Por lo tanto, la potestad de auto-organización comprendería no sólo el poder de determinar y configurar su estructura de gobierno y administración, tanto directa como indirecta o instrumental, sino también la posibilidad de articular la intervención pública en la vida económica y determinar, junto con otras administraciones, las estructuras derivadas de la cooperación en el ámbito de las tareas comunes o compartidas. En: PAREJO ALFONSO, Luciano. “La potestad de autoorganización de la Administración local”. En: *Documentación Administrativa*. Madrid, N° 228, 1991, pp. 15-16.

⁹⁰⁷ VILALTA REIXACH, Marc. *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, pp. 30.

⁹⁰⁸ Se podría decir que, específicamente, el encargo de gestión no supone un traslado auténtico del ejercicio de competencia, sino únicamente de algunas funciones que se desprenden de ésta. Como indica Vilalta, con el encargo de gestión se transfiere solamente una parte del ejercicio de determinadas funciones administrativas o, en otras palabras, solamente algunas de las funciones materiales que se integran dentro del ejercicio de una concreta competencia. La encomienda de gestión no sólo no supone cesión de la titularidad de la competencia, sino tampoco de los elementos sustantivos de su ejercicio. En: *Ibidem*, pp. 174.

⁹⁰⁹ Los convenios de encargo de gestión, antes de la Ley N° 27444, eran regulados por normas específicas, diseminadas por el ordenamiento jurídico administrativo, de modo que fue necesario que se genere un tratamiento unificado de la institución, como ocurre en la doctrina y el derecho comparado. En: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 147.

⁹¹⁰ Artículo 11. Encomiendas de gestión.

dicho mecanismo recibe el nombre de “encomienda de gestión”, pero se trata de la misma figura jurídica⁹¹¹. No obstante, la encomienda de gestión del ordenamiento español posee una diferencia subjetiva contundente respecto al encargo de gestión del marco legal peruano, el cual será revisado posteriormente. Esta técnica, como bien señala Morón Urbina, supone una traslación operativa de la competencia que no alcanza a las actuaciones jurídicamente relevantes o decisorias (auténticas funciones públicas), sino únicamente a actividades funcionales desprovistas de elementos de potestades públicas⁹¹².

Según Vilalta Reixach (autor del cual nos apoyaremos en más de una ocasión en la presente sección por su importante aporte a la investigación de esta figura), la encomienda (o encargo) de gestión es *aquel instrumento jurídico a través del cual un órgano administrativo u entidad de derecho público encarga a un tercero, por razones de eficacia o idoneidad técnica, la realización de determinadas actividades materiales de su competencia, sin que ello suponga la transferencia de su titularidad ni de los elementos sustantivos de su ejercicio; actuando el encomendado por cuenta y bajo la responsabilidad de la entidad encomendante*⁹¹³. Se trata, como señala Fernández Farreres, de un mecanismo racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas, que permite hacer compatible (al igual que la delegación) el principio de irrenunciabilidad de la competencia con la carencia de los medios materiales adecuados para su ejercicio, o para conseguir una mayor eficacia en su gestión⁹¹⁴.

La encomienda de gestión, responde esencialmente a la necesidad de flexibilizar o modular el carácter indisponible de las competencias administrativas en aquellos supuestos en que, de otro modo, se podría poner en riesgo el normal y correcto desarrollo de las funciones de las administraciones públicas⁹¹⁵. En esta línea, Parada Vázquez señala que los efectos de la encomienda de gestión consisten en atribuir por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, a otros órganos de la misma o de distinta Administración la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público⁹¹⁶.

Por su parte, Santamaría Pastor indica que la encomienda o encargo de gestión supone una modalidad limitada de traslación competencial entre órgano de una misma persona jurídica, como entre personas públicas distintas, en la que lo que se traslada es *el ejercicio de una potestad no en sus aspectos jurídicos, sino en los materiales*⁹¹⁷. Para Gonzáles Pérez, el encargo de gestión da lugar a la constitución de una relación

1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta. 2. La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. (...)

⁹¹¹ Como señalan Busquets y Castro Raimóndez, la figura del encargo de gestión presenta, de entrada, un problema en cuanto a la cuestión terminológica. No obstante, las dudas están enfocadas en la manera más precisa de denominar estos encargos según los posibles perfiles o el alcance material de éstos, y no respecto a las expresiones verbales relativas a “encomendar” o “encargar”, que quieren decir exactamente lo mismo. En: BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y Javier Castro Raimóndez. Op.Cit., pp. 68.

⁹¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 356.

⁹¹³ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 46.

⁹¹⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”. En: *Anuario del Gobierno Local*. Barcelona, N° 1, 1997, pp. 148.

⁹¹⁵ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 98-99.

⁹¹⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Op.Cit., pp. 107.

⁹¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.Cit., pp. 362.

jurídico-pública entre órganos u organizaciones personificadas de derecho público, destinada a encomendar la realización de una actividad material, técnica o de servicios de la competencia de la Administración encomendante, que no supone la transferencia de titularidad ni de su ejercicio⁹¹⁸. En efecto, y como bien señala Esteve Pardo⁹¹⁹, el encargo de gestión se corresponde con elementos que destacan por su carácter material o fáctico, frente a componentes más jurídicos de otras fórmulas semejantes.

Por lo tanto, el encargo de gestión es un importante mecanismo de colaboración administrativa⁹²⁰, que supone una relación jurídica a través de la cual el encomendado se compromete a realizar una determinada actuación material por encargo de otro, sin que ello suponga alteración de la titularidad de las competencias asignadas a los diferentes entes públicos ni tampoco de los elementos sustantivos de su ejercicio⁹²¹. No obstante, el encargo de gestión tiene una regulación tan limitada (tanto en España como en Perú), que ha hecho que la simple determinación de las entidades públicas que pueden hacer uso de esta figura, o la delimitación de su ámbito objetivo, sean hoy en día cuestiones abiertas susceptibles de interpretaciones y aplicaciones prácticas muy diversas⁹²².

A continuación, describiremos las dos vertientes esenciales del encargo de gestión (en adelante, “EDG”), que son la vertiente objetiva (el contenido mismo del encargo), y la vertiente subjetiva (quiénes pueden encargar y quiénes pueden recibir el encargo), con el fin de disipar en gran medida las dudas que giran en torno a esta figura.

3.4.2. Sobre el elemento objetivo del encargo de gestión

Como se advierte del art. 80.1 del TUO de la LPAG, el EDG tiene como contenido objetivo el traslado de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano o entidad a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma. Puede apreciarse, de acuerdo al texto citado, que el art. 80 desarrolla una doble dimensión del componente objetivo del EDG: por un lado, la naturaleza de las actividades encomendadas, y por el otro, las circunstancias o criterios que deben estar presentes al momento de hacer uso de este mecanismo.

En lo que respecta a la primera de ellas, tenemos que las actividades que, en virtud de dicha técnica se trasladan, serán siempre materiales, técnicas o de servicios, de competencia de un determinado órgano o entidad⁹²³. ¿Qué quiere decir esto? Una actividad material es, ante todo, una actuación práctica, concreta y fáctica. En este supuesto, el encomendante retiene cualquier tipo de facultad jurídica o decisoria de una actividad o función, y traslada únicamente el componente material⁹²⁴, físico e instrumental de la misma.

Por otro lado, las actividades técnicas y de servicios hacen alusión a prestaciones enfocadas en resolver, igualmente, situaciones materiales, toda vez que si bien pueden estar enfocadas en ciertas prestaciones un tanto especializadas (como lo sería, por ejemplo, el encargo técnico a

⁹¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco González Navarro. Op.Cit., pp. 472-473.

⁹¹⁹ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3º ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 163.

⁹²⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 147.

⁹²¹ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 38.

⁹²² *Ibidem*, pp. 28.

⁹²³ Lo que se transfiere primariamente es una posición jurídica. Es decir, un conjunto de facultades (y deberes) que una entidad pública ostenta sobre un determinado sector de la realidad social y cuyo ejercicio le estaría vetado al encomendado por corresponder a la competencia exclusiva e otra administración pública. En: *Ibidem*, pp. 173.

⁹²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.Cit., pp. 363.

PROINVERSIÓN para que lleve a cabo un proceso de promoción de la inversión privada⁹²⁵), la naturaleza de estas prestaciones es también de tipo instrumental. Por ende, siendo un común denominador la presencia del carácter práctico e instrumental en las prestaciones de índole técnica y de servicios, para efectos del desarrollo de esta sección englobaremos dentro de la categoría de “prestaciones materiales” al objeto general del encargo de gestión.

Este instrumento se aplica sólo cuando se encuentra presentes determinados criterios de oportunidad y eficacia que ameritan su uso (art. 80.1), de modo que, se entiende, una vez desaparecidas dichas circunstancias, debería también desaparecer el encargo. Es decir, si el contexto amerita, por criterios de eficacia o por cuestiones estrictamente legales, a que la actividad encargada se canalice mediante otros instrumentos más adecuados a su contenido, el EDG debería dejar de usarse para ese específico supuesto.

Caso contrario, podrían generarse supuestos como el de la actividad de placas de rodaje en nuestro país. Hasta el año 2010, quien se encargaba de emitir las placas de rodaje a nivel nacional era el Instituto José Pardo. Sin embargo, el D.S. N° 017-2008-MTC, Reglamento de Placa Única de Rodaje, ya establecía que esta actividad sería realizada por una entidad concesionaria (sin perjuicio de que la concesión no debería ser un mecanismo aplicable a este tipo de actividades). Esta “entidad concesionaria” vendría a ser, en teoría, la Asociación Automotriz del Perú (AAP), toda vez que, en la práctica, el contrato de concesión nunca existió, y sus labores se habilitaron -provisionalmente- en virtud de un encargo de gestión. Encargo el cual sigue vigente hasta hoy en día desde el 2010, con lo cual tenemos un encargo de gestión extendido por casi siete años. ¿Se justifica que un encargo de gestión durante tanto tiempo? Evidentemente no, en la medida en que toda circunstancia justificante de su utilización, a la fecha, ya desapareció, y por ello debería desaparecer también ese encargo de gestión.

Ahora, podría decirse que, al delimitar la norma el contenido concreto sobre el cual puede versar el EDG, estaría especificando adecuadamente su objeto, a diferencia de lo que sucede en el caso de la delegación administrativa⁹²⁶. No obstante, la sola referencia a actividades materiales, técnicas o de

⁹²⁵ La Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN es un organismo público ejecutor, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas. Según el artículo 2 de su Reglamento de Organización y Funciones (aprobado por Resolución Ministerial N° 083-2013-EF/10), PROINVERSIÓN podrá suscribir convenios de asesoría bajo la modalidad de Encargo, brindando asistencia técnica especializada en la incorporación de inversión privada en servicios públicos, obras públicas de infraestructura, activos, proyectos y empresas del Estado, entre otras, en base a iniciativas públicas y privadas. Al respecto, si bien la asistencia que brinda PROINVERSIÓN en virtud del correspondiente convenio de encargo (encargado por un ente de competencia nacional, o gobiernos regionales y locales según sus respectivas normativas sectoriales) es de naturaleza técnica, lo cierto es que por las características propias de la actividad de PROINVERSIÓN se podría identificar una cierta naturaleza jurídica en su labor. La asistencia técnica de llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión (bajo la modalidad que fuese) un determinado proyecto, no se limita únicamente a aspectos técnicos, sino que abarca también ciertas decisiones jurídicas como la precalificación o etapas de selección en función a las propuestas mismas de los postores calificados. Es más, mediante Decreto Legislativo N° 1251, que modifica la ley de APP's (Decreto Legislativo N° 1224), se le ha conferido mayores facultades a PROINVERSIÓN para el desarrollo de sus tareas en las fases de planeamiento, programación, formulación y ejecución contractual de los proyectos de APP. En este sentido, PROINVERSIÓN cuenta con facultades para emitir directivas técnico normativas respecto del proceso de evaluación de las APP en la fase de formulación, y respecto de las fases de estructuración y transacción; así como para los Proyectos en Activos, las cuales serán de cumplimiento obligatorio para las entidades del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada que se encuentren involucradas. Sin dudas, existe un mayor alcance de las facultades de PROINVERSIÓN que, podría interpretarse, van más allá de las específicas prestaciones técnicas, para adentrarse un poco más al ámbito de decisiones jurídicas (sin llegar a convertirse, claro está, en un ente con autoridad decisoria en estricto). Independientemente de ello, es claro que estos encargos están directamente involucrados con el mecanismo de encargo de gestión, pese a que las normas no son expresas en afirmar esta correlación.

⁹²⁶ El objeto de la delegación es notablemente mayor que el de la encomienda. Todas las competencias son, en principio, delegables, y por ello la delegación admitiría no sólo el traspaso de actuaciones materiales, sino también, y sobre todo, de actuaciones de carácter jurídico o resolutorio; actuaciones que resultan vetadas para el encargo de gestión. La

servicios sigue siendo lo suficientemente genérica e imprecisa como para dar pie a numerosas interpretaciones sobre los límites de aplicación de esta técnica.

El ámbito objetivo del EDG facilita que su posible objeto pueda ser realmente variado, pudiendo llegar a incluir no sólo actividades de carácter *burocrático*, sino también actividades con un evidente contenido económico⁹²⁷. En muchas ocasiones se trata de actuaciones cuya gestión no sólo podría ser asumida por la propia organización administrativa, sino que, al encajar dentro de algunos de los tipos contractuales previstos en el ordenamiento jurídico, podría ser incluso susceptible de explotación por empresarios particulares⁹²⁸.

Pese a ello, y como bien advierte Vilalta, sí existe una importante limitación al objeto del EDG, el cual debe ser siempre de carácter *instrumental*, y debe limitarse a tareas de carácter eminentemente material que no impliquen la transferencia de potestades de carácter resolutorio⁹²⁹. En este sentido, podemos señalar que el contenido del EDG será siempre de naturaleza material (técnica o de servicios), es decir, de tipo *burocrática e instrumental*⁹³⁰. Se trata de actividades desprovistas de elementos de potestad, pero que resultan importantes para el normal y eficaz desarrollo de la actividad administrativa.

El EDG traslada el ejercicio de funciones administrativas simples en cuanto actividades materiales desplegadas por los órganos de la Administración. No se trata de auténticas funciones públicas de *poder*, sino únicamente de funciones instrumentales, complementarias, accesorias a actividades principales de la Administración.

El objeto la encomienda de gestión, entonces, y como bien indica Vilalta, no consiste en un traslado de *poder* público entre autoridades o entes en general, sino simplemente en *un encargo para la realización de determinadas actividades esencialmente materiales, sin trascendencia jurídica ad extra*⁹³¹. Su objeto es meramente burocrático e instrumental. Si bien se trata de funciones administrativas simples, podría llegar a abarcar también actividades económicas (de servicios) muy cercanas a las propias de la libre iniciativa privada, supuesto ampliamente criticado por la doctrina y que será evaluado posteriormente.

Como bien advierte Galán Galán, la encomienda de gestión limita su objeto a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, mientras que las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de la función pública pueden ir más allá, realizando una verdadera actividad jurídica⁹³². Esto quiere decir que el objeto de la encomienda o encargo de gestión, si bien está directamente vinculado al ejercicio de funciones administrativas complementarias, materiales y burocráticas, no llegan a alcanzar el carácter de auténticas funciones públicas de la Administración.

encomienda de gestión se limita sólo a aspectos materiales vinculados a dicha competencia, mientras que la delegación de competencias podría extenderse a cualquier ámbito de actuación de ésta y, muy especialmente, a las facultades jurídicas o decisorias que la integran. En la encomienda no hay trascendencia jurídica ad extra, como sí sucede en la delegación. Revisar: VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 207-208.

⁹²⁷ *Ibidem*, pp. 39.

⁹²⁸ *Ídem*.

⁹²⁹ *Ídem*.

⁹³⁰ Sánchez Sáez, aunque añadiendo un criterio jurídico de descentralización que no se comparte, señala que los criterios que justificarían la utilización de esta técnica serían criterios de eficacia (la posibilidad de llevar a cabo una actuación con menores costes, pero con la misma calidad) y razones de índole técnica (contar con los medios específicos o instrumentales necesarios para una determinada actuación). En: SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. "Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas". En: *Revista Andaluza de Administración Pública*. Andalucía, N° 53, 2004, pp. 252.

⁹³¹ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 279.

⁹³² GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 86.

En la medida en que el mismo marco legal impide que, en virtud del EDG, se traslade el ejercicio de funciones públicas (en los términos utilizados en esta investigación), no resulta viable señalar que el EPCA se pueda manifestar a través de este mecanismo, de modo que podemos descartar al EDG como figura idónea para el traslado de funciones públicas. Sin perjuicio de ello, debemos adentrarnos en algunos análisis adicionales en torno a esta figura, toda vez que nos parece importante precisar su alcance por la directa relación que tiene en cuanto a un eventual ejercicio de funciones administrativas por sujetos privados.

3.4.3. Sobre el elemento subjetivo del encargo de gestión

El numeral 80.1 del TUO de la LPAG señala que “la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia (...)”; asimismo, el numeral 80.4 dispone que, “mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo hagan aconsejable (...)”.

Tenemos entonces que, por un lado, el EDG es de aplicación para las relaciones entre los órganos o entidades de la Administración pública, es decir, de la estructura misma del Estado y la Administración; y por el otro, sería también aplicable a relaciones entre la Administración y los particulares. Este último aspecto, como veremos, es abiertamente novedoso respecto a su antecedente normativo del ordenamiento español, y también respecto al mecanismo de la delegación administrativa, lo cual obliga a analizar este planteamiento desde una óptica intensamente crítica. No obstante, examinemos primero la estructura misma de esta figura, en función a las partes que conforman la relación del encargo.

Por un lado, tenemos al encomendante, que es el sujeto que realiza el encargo y que adquiere, en virtud de esta relación, el derecho a la ejecución de la prestación material de la que está necesitado y que, por carencia de medios o por razones de eficacia, no puede realizar por sí mismo⁹³³. Y por el otro, está el encomendado, que es aquel sujeto que, mediante la formalización del EDG, se compromete a llevar a cabo, en nombre del encomendante, la actuación material que constituye el objeto de la relación de encomienda⁹³⁴.

Tanto encomendante como encomendado se relacionan, en virtud del EDG, a través de un vínculo jurídico convencional, voluntario. El numeral 80.2 del art. 80 señala expresamente que el EDG “es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance”. Al igual que en el caso de la delegación, este instrumento de organización y colaboración administrativa se concreta en un convenio de colaboración regulado en el art. 86 del TUO de la LPAG. Convenio el cual, como señala la norma, recoge todos los elementos necesarios, como el contenido del encargo, el plazo⁹³⁵, y demás criterios que sean requeridos para una adecuada regulación de las tareas asumidas por el encomendado.

⁹³³ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 110.

⁹³⁴ *Ibidem*, pp. 133.

⁹³⁵ Respecto al plazo, Vilalta plantea la interrogante acerca de si sería posible pactar una encomienda de gestión de duración indefinida, en la medida en que autores como Fernández Farreres han dado opinión positiva respecto a esta posibilidad. No obstante, afirma Vilalta (con el que coincidimos) que el carácter restrictivo con el que se configura la encomienda de gestión demuestra que el plazo debe ser limitado. El plazo es el que resulte necesario atendiendo a las circunstancias que motivan la encomienda, que por su naturaleza es transitoria. Somos de la opinión de que el EDG es un instrumento que se utiliza cuando concurren determinadas circunstancias, y que ameritan que se modifique el orden inicial a través del cual se realizan ciertas actividades de la Administración. Por ende, no se trata de una situación común o normal, sino específicamente excepcional, y como tal, debería desaparecer ni bien se restablezca el orden

En este sentido, se trata de un mecanismo que se plasma en un convenio de colaboración, y por lo mismo, requiere del consentimiento y voluntad de los agentes involucrados. Es a raíz de esto que, precisamente, algunos autores⁹³⁶ han señalado que el EDG tendría una naturaleza contractual, afirmación de la cual discrepamos relativamente según argumentos que se verán luego⁹³⁷.

Ahora, al retomar la revisión de las partes involucradas en el mecanismo del EDG, tenemos que el encomendante le traslada al encomendado el ejercicio de una función administrativa material (técnica o de servicios) de carácter burocrático e instrumental. El encomendante mantiene la titularidad de la función, y por ello, la responsabilidad sobre la misma, y la obligación de vigilar su correcto desarrollo. El encomendado actúa en nombre del encomendante, y debe cumplir el compromiso asumido en virtud de la aplicación de esta técnica administrativa. Corresponde preguntarnos qué tipo de sujetos pueden ser encomendantes y encomendados.

De una lectura del numeral 80.1 del TUO de la LPAG, se entiende que cuando la norma indica que el encargo de gestión se aplicará en las actividades “de competencia de un órgano”, se está refiriendo a un sujeto de la Administración pública, de la estructura del Estado. Un órgano administrativo es una unidad de actuación a través de las cuales se organizan las administraciones públicas, con capacidad para actuar de forma jurídicamente eficaz en las relaciones frente a terceros⁹³⁸.

En este sentido, únicamente los sujetos públicos estarán facultados para hacer uso de este mecanismo. Ello resulta evidente de la sola interiorización lógica de estar un instrumento asimismo público, diseñado por una norma aplicable a las relaciones de entes del Estado. No obstante, era necesario atender alguna posible confusión que se vertiera por posibles interpretaciones que, por ejemplo, incluyeran dentro de este ámbito a concesionarios de servicios públicos, u algunas entidades privadas colaboradoras de la Administración. Pese a ello, no toda entidad u órgano de la Administración es susceptible de utilizar este mecanismo. Si bien el EDG es un instrumento que únicamente puede tener como encomendante a un órgano o entidad de la Administración pública, existen entidades que no calzan como parte encomendante de la relación.

Como bien señala Vilalta, quedarían fuera de la posibilidad de constituirse como parte activa de la EDG no sólo todas aquellas organizaciones no personificadas, sino también todas aquellas entidades de derecho público constituidas de acuerdo a formas jurídico-privadas⁹³⁹. Por ejemplo, las empresas del Estado, y también las llamadas “corporaciones de derecho público”, como los Colegios Profesionales.

La razón de ello radica en un aspecto estrictamente práctico e instrumental, toda vez que, en la medida en que dichos entes están creados, en parte, para facilitar ciertas tareas o fines de la Administración, carecería de lógica que, a su vez, estos entes se asistan de otros para cubrir falencias materiales. En

inicial de las operaciones administrativas. Revisar: *Ibidem*, pp. 106; y, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José. “Las encomiendas de gestión”. En: *Informe Comunidades Autónomas*. Barcelona, N° 1, 1995, pp. 675.

⁹³⁶ Revisar: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco González Navarro. *Op.Cit.*, pp. 472.

⁹³⁷ Como indica Vilalta, en la medida en que en la formación del EDG concurrirían las voluntades de dos partes formalmente diferenciadas, dirigidas a la determinación del contenido de una relación jurídica de carácter obligatorio, se trataría de un negocio jurídico, y precisamente, un acuerdo de naturaleza contractual. No obstante, discrepamos de esta postura en la medida en que genera varios inconvenientes de cara a la regulación misma del sistema contractual de la Administración, lo cual será analizado posteriormente. Revisar: VILALTA REIXACH, Marc. *Op.Cit.*, pp. 41-42.

⁹³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Op.Cit.*, pp. 112.

⁹³⁹ VILALTA REIXACH, Marc. *Op.Cit.*, pp. 115.

todo caso, por su especialidad y capacidad material, estos entes calzarían más en la lógica de entidades *receptoras* del encargo de gestión, más que como titulares activos de la misma⁹⁴⁰.

Y esto último nos conduce a la determinación de qué entidades pueden constituirse como titulares pasivas del encargo, es decir, como entidades encomendadas del EDG. Debemos adelantar que, sobre este ámbito, el ordenamiento ha innovado significativamente el alcance subjetivo del EDG respecto a su antecedente de la LRJAP, y claro está, respecto a la estructura misma del mecanismo de la delegación administrativa. El EDG, a diferencia de la delegación administrativa, es un instrumento que, en nuestro ordenamiento, permite su aplicación sobre personas jurídicas privadas. Así, la entidad encomendante podrá valerse no sólo de órganos o entidades públicas, sino también de las entidades del sector privado para atender sus falencias materiales.

Sin perjuicio de ello, revisemos en primer lugar qué sujetos, dentro del sector público, podrían estar comprendidos dentro de la parte pasiva de la relación del encargo. El art. 80 del TUO de la LPAG no da muchas especificaciones al respecto, toda vez que, para el ámbito del sector público, únicamente se limita a señalar que la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios puede ser encargada *a otros órganos o entidades*, por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

Debemos entender a partir del citado artículo que, en principio, cualquier entidad u órgano de la Administración puede ser titular pasivo del EDG, en la medida en que sus capacidades sean tales que permitan realizar eficaz y eficientemente las tareas encomendadas, o por lo menos, de mejor manera que la entidad activa (encomendante). Puede tratarse, por ejemplo, de un EDG entre un Ministerio y una Municipalidad Provincial o Distrital (y, de hecho, suelen ser estos los más comunes para la utilización de este mecanismo⁹⁴¹), o de un Gobierno Regional y un Programa del Estado, entre otros supuestos.

⁹⁴⁰ La creación de entidades empresariales del Estado responde a un supuesto de descentralización funcional de la Administración pública, que se justifica principalmente en razones de eficacia o y de especialización, de modo que resulta discutible reconocerles la posibilidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión. No resulta del todo compatible la naturaleza instrumental con la que se configuran legalmente estos organismos con el hecho de que, a la vez, puedan encontrarse en la situación de falta de medios materiales o de insuficiencia de capacidad de gestión que exige el ordenamiento para el uso de dicho mecanismo. Si la justificación teórica de la existencia de dichos organismos se basa en la voluntad de incrementar la eficacia o la flexibilidad en la gestión pública, en el supuesto de concurrencia de las circunstancias de falta de capacidad de gestión o de mejora de la eficacia no debería recurrirse al uso del encargo de gestión, sino más bien un completo replanteamiento de la propia existencia de dichas entidades y de los medios humanos y materiales puestos a su disposición para el ejercicio de sus funciones públicas. En el caso de las corporaciones de derecho público sucede lo mismo. Si bien desde un punto de vista estrictamente legal no habría quizá inconveniente alguno en admitir la posibilidad de que estos entes sean parte activa del EDG, desde el punto de vista de la organización administrativa sí resultaría seriamente cuestionable. Si las corporaciones de derecho público se fundamentan en un supuesto de “autoadministración”, que puede contribuir a agilizar la acción administrativa, atribuyendo su gestión de forma autónoma a los propios interesados, no parece muy razonable que éstos, a su vez, puedan desplazar o transferir el cumplimiento de algunas de dichas actividades hacia otras entidades públicas, más aún cuando el grueso de funciones que se les reconocen son de carácter meramente material o de servicios. La función principal de estos entes, en la presente materia, se encuentra en su papel como posibles receptoras de encargos efectuados por otras administraciones públicas, pero no como titulares activos de la encomienda. En: *Ibidem*, pp. 121-129.

⁹⁴¹ Ejemplos que se pueden encontrar bajo búsqueda en plataforma virtual: Convenio de Encargo de Gestión entre el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco N° 979-2015-VIVIENDA (para la ejecución y supervisión de la obra relacionada al Proyecto de Mejoramiento de la Infraestructura Vial en las Calles del AA.HH. Santa Isabel de Villa, Sector 9, Surco); Convenio de Encargo de Gestión entre el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y la Municipalidad Provincial de Piura N° 974-2015-VIVIENDA (para el Mejoramiento del Servicio de Transitabilidad Vehicular y Peatonal en la Av. Sullana Norte); Convenio de Encargo de Gestión entre el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y la Municipalidad Provincial de Maynas – Loreto N° 897-2012-VIVIENDA (para la formulación de proyectos de inversión pública, así como formulación y aprobación de estudios técnicos en el marco del SNIP); Convenio de Encargo de Gestión entre el Programa Nacional de Infraestructura Educativa y la Municipalidad Provincial de Dos de Mayo N° 027-2016-

En estos ejemplos estamos ante supuestos de un EDG entre entidades de la Administración. Toda entidad que tenga los suficientes elementos materiales u operativos para ejercer la función o actividad que pretende encomendarse, es susceptible de constituirse como parte pasiva de la relación del encargo de gestión.

3.4.3.1. Precisión respecto a la relación entre órganos jerárquicos

Ahora, las relaciones en un EDG, dentro del plano de sujetos públicos, no se limitan únicamente a entidades u organismos, sino que alcanza también a los órganos internos de las mismas entidades de la Administración. El numeral 80.1 es claro en señalar que el EDG puede recaer en “otros órganos o entidades” de la Administración. Recordemos, a raíz de esto último, que no es lo mismo hablar de órganos y organismos o entidades. Un órgano es un elemento o unidad que integra el aparato organizativo de la Administración Pública, *que cuenta con un elemento personal (la persona física que ocupa su titularidad) y los recursos materiales precisos para el ejercicio de las funciones que le corresponden*⁹⁴². En suma, se trata de una unidad de actuación al interior de un organismo (o entidad)⁹⁴³.

Un organismo, en cambio, se compone de diferentes órganos que realizan actividades específicas debidamente señaladas en las normas de composición o creación del ente. Es una posible forma de relación género-especie, en la que el organismo constituye una persona jurídica, una entidad, con personería jurídica propia y autonomía funcional, compuesta de diferentes unidades sin personería ni autonomía propia, pero que en conjunto se encargan de realizar las diferentes actividades que el ordenamiento le ha destinado al organismo.

El organismo está compuesto de órganos. Y en relación a ello, tenemos que el EDG puede recaer, según el TUO de la LPAG, tanto en órganos como organismos públicos. Sin embargo, consideramos que, en cuanto a la posibilidad de encargar funciones materiales a otros órganos públicos, ésta puede devenir en inútil. Nos referimos, específicamente, a los supuestos en los que, dentro de un organismo, un determinado órgano le encargue a otro órgano inferior la realización de ciertas actividades materiales, técnicas o de servicios.

No comprendemos la razón de utilizar el mecanismo del EDG para que un órgano superior encargue una tarea, una función temporal, a un órgano inferior, pudiendo realizarse este encargo bajo una simple orden jerárquica. El EDG debería recaer, normalmente, sobre órganos administrativos no vinculados por una relación de jerarquía⁹⁴⁴.

Si bien es cierto que el art. 80 del TUO de la LPAG (e incluso el mismo art. 15.1 de la LRJPAC) no se opone a que le encomienda de gestión pueda realizarse entre órganos jerárquicamente dependientes, en estos casos el recurso a la figura del EDG puede resultar del todo artificioso y

MINEDU-VMGI-PRONIED (para la ejecución del proyecto de inversión pública de Mejoramiento y Sustitución de la Infraestructura Educativa de la I.E. Aurelio Cárdenas Pachas – Unión Dos de Mayo, Huánuco).

⁹⁴² CARBONELL PORRAS, Eloísa. Op.Cit., pp. 272.

⁹⁴³ Se denomina “organismo público” a todo aquel ente que goza de autonomía, y que es el resultado de la división del trabajo al interior de la Administración Pública. Un órgano, es toda aquella repartición de un organismo encargada de una actividad determinada, y que se encuentra al mando de una autoridad administrativa. El órgano no goza de autonomía ni de personalidad jurídica propia. Por ejemplo, un Ministerio es un organismo público, y las diferentes direcciones que conforman el Ministerio constituyen órganos del mismo. En: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Elementos esenciales de la Organización Administrativa*. Consultado en fecha: 05 de diciembre de 2016. Fuente: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2007/12/03/elementos-esenciales-de-la-organizacion-administrativa/>

⁹⁴⁴ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 134-135.

forzado, toda vez que la realización de las actividades materiales que pretenden encomendarse podría articularse fácilmente a través de una orden del superior sobre el inferior⁹⁴⁵.

Como bien señala Parada Vázquez, *la encomienda de gestión es una técnica que ahora se extiende con evidente exageración a órganos de una misma Administración, pues la verdad es que a nadie se le habría ocurrido semejante hipótesis ante la innecesariedad de regular jurídicamente el supuesto delegativo en las relaciones interorgánicas en las que se satisfacen las finalidades que la encomienda comporta como un ordinario supuesto de colaboración interna entre órganos de una misma Administración, que se impone desde la jerarquía con total naturalidad*⁹⁴⁶.

La emanación de órdenes e instrucciones de servicio constituye una regla de funcionamiento típica de la relación de jerarquía a través de la cual se estructura una determinada organización administrativa⁹⁴⁷. Por ende, no sería necesario el EDG para estos casos, toda vez que el órgano inferior no negocia con el superior. En este sentido, no consideramos útil la aplicación del mecanismo del EDG en una relación entre órganos jerárquicos (de un mismo organismo). Por lo demás, no encontramos mayor objeción a la aplicación del EDG en las relaciones entre entidades públicas, o entre órganos de diferentes organismos públicos.

3.4.3.2. Sobre la posibilidad de encomendar a personas jurídicas del sector privado

Ahora analizaremos a las personas jurídicas no integradas en la estructura orgánica del Estado. Respecto a ello, el numeral 80.4 del art. 80 del TUO de la LPAG señala expresamente lo siguiente:

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

Al respecto, cabe preguntarnos si cuando dicho numeral alude a las “personas jurídicas no estatales” está haciendo referencia a las personas jurídicas del sector privado (auténticos privados). Planteamos la presente interrogante, toda vez que, como vimos anteriormente, una persona jurídica no estatal no necesariamente resulta una persona jurídica creada por el sector privado bajo régimen privado (por ejemplo, una empresa privada – sociedad anónima). Una persona jurídica no estatal puede tratarse también de un ente creado incluso por el Estado a través de una Ley, pero que por la naturaleza de su configuración no ingresa a la estructura orgánica del Estado. Es el caso del COES o de algunas de las Corporaciones de Derecho Público, como los Colegios Profesionales (por ejemplo, el Colegio de Abogados de Lima o el Colegio de Ingenieros del Perú), y de otro lado, también a otros entes privados (creados por el sector privado) que eventualmente desempeñan ciertas funciones administrativas y tienen regulaciones específicas para dicha labor, como la Cámara de Comercio de Lima o la Cámara Nacional de Comercio del Perú⁹⁴⁸, o la misma Bolsa de Valores de Lima.

⁹⁴⁵ HERNANDO OREJANA, Luis Carlos. *La encomienda de gestión*. Segovia: Colegio Universitario de Segovia, 1998, pp. 136.

⁹⁴⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Op.Cit., pp. 107-108.

⁹⁴⁷ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 135.

⁹⁴⁸ Respecto a las Cámaras de Comercio, algunos han señalado que, en su calidad de Corporaciones Públicas, estarían sometidas al régimen del Derecho público, al igual que los Colegios Profesionales. Dejando de lado la teoría que incorpora a estos entes (Cámaras de Comercio y Colegios Profesionales) como entidades de la Administración (en virtud de lo cual algunas veces suelen ser denominadas Administraciones Corporativas), la cual no seguimos, es común indicar que las Cámaras de Comercio, por su naturaleza y funciones desempeñadas, estén sometidas al régimen del Derecho administrativo, pese que, a diferencia de los Colegios Profesionales, no sean específicamente creadas por la Ley. De acuerdo a López Benítez, las Cámaras de Comercio son Corporaciones Públicas y, como tales, según el carácter las funciones que en cada caso ejerzan, se determinará también su sujeción o no al Derecho Público. En nuestra opinión, las Cámaras de Comercio, si bien eventualmente ejercen funciones administrativas sujetas al

Es claro que una empresa –sociedad anónima creada desde el mismo sector privado- constituye una persona jurídica no estatal (en cuyo caso calzaría preliminarmente en el supuesto del numeral 80.4 del TUO de la LPAG), pero como dijimos, también calzarían algunos otros entes de derecho público como los Colegios Profesionales o el COES, los cuales por su naturaleza constituyen importantes receptores o partes pasivas de la relación del encargo de gestión. Siendo esto así, ¿a qué entidades se refiere exactamente el numeral 80.4? Desde nuestro punto de vista, cuando dicho artículo hace alusión a las personas jurídicas no estatales, alude a todas las personas jurídicas que puedan encajar en dicho supuesto. El referido artículo no excluye o distingue entre personas jurídicas no estatales públicas o privadas, y por ello no podríamos alegar que, de acuerdo al marco legal, el EDG se aplique para estos casos únicamente en corporaciones de derecho público.

También podemos entender esto último a partir de la misma finalidad del EDG. Este mecanismo, como hemos visto, tiene como objetivo facilitar el ejercicio de ciertas actividades necesarias para la Administración, pero que no constituyen auténticas funciones públicas de *poder* o *autoridad*, sino meras actividades materiales susceptibles de ser realizadas, en principio, por quien tenga la capacidad suficiente para ello. Al no tratarse de funciones decisorias, potestativas, no existiría mayor reparo para, si quiera, abrir la posibilidad a una interpretación amplia del numeral 80.4 del TUO de la LPAG. Asimismo, consideramos que si el numeral 80.4 hubiera tenido por intención hacer referencia únicamente a lo que serían las corporaciones de derecho público, hubiera bastado con indicar que el EDG sería aplicable a “*otros órganos o entidades*”. Situación similar a lo establecido en el mecanismo de la delegación administrativa, en la que la referencia al término “*entidades*” haría alusión los sujetos señalados en el art. I del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

El art. 80, no obstante, sí es expreso en señalar que, muy aparte de la posibilidad de encomendar actividades materiales a otras entidades u órganos administrativos (entre los que consideraríamos a las mismas corporaciones de derecho público), es posible también encomendar dichas funciones a personas jurídicas no estatales (que deben ser distintas a las referidas corporaciones de derecho público). En este sentido, consideramos que en virtud del numeral 80.4 del TUO de la LPAG, el ordenamiento ha regulado la posibilidad de que una entidad u órgano público encomiende el ejercicio de una actividad material (función administrativa simple) a personas jurídicas de origen y régimen privado.

¿Ocurre esto en la realidad? Nos queda claro que es muy común encontrar supuestos de EDG entre órganos y organismos públicos, como Municipalidades Distritales, Gobiernos Regionales, entre otros actores públicos. También hemos sostenido que la extensión del alcance subjetivo de la parte pasiva del EDG incluye a las personas jurídicas no estatales de origen y régimen privado.

No obstante, si bien la norma parece habilitar este tipo de supuestos, la práctica y realidad jurídica no van a la par de esta interpretación. Debe resultar muy difícil encontrar convenios de encargo de gestión en el que la parte pasiva de la relación sea una auténtica empresa privada o persona jurídica privada en general. De una búsqueda medianamente concisa, no ha sido identificado un caso concreto

Derecho administrativo, sus actividades están más relacionadas al ámbito del derecho privado, incluso más que los mismos colegios profesionales, de modo tal que, sin dejar de ser especiales entes de naturaleza compleja, están más vinculadas al ámbito del sector privado, más aun si su origen no parte de una disposición legal como en otras corporaciones públicas. Ello, claro está, no es óbice a que en determinadas circunstancias les sea aplicable el régimen del derecho administrativo para actuaciones específicas, aspecto el cual refuerza su naturaleza principalmente compleja. Revisar: LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. “Corporaciones de Derecho Público de Base Sectorial”. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. 2° ed. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 401-416.

que ejemplifique esta operación. Sin embargo, la posibilidad existe. Muy a diferencia de lo que concluimos en la sección de la delegación administrativa, en la que no consideramos que su alcance subjetivo abarque a los privados, el EDG sí deja abierta esta posibilidad.

Ello se corresponde con el hecho de que el mismo TUO de la LPAG reconoce supuestos en los cuales las entidades públicas se pueden valer de “tercerizaciones”, es decir, de contratos con empresas privadas para que éstas desarrollen determinadas actuaciones procedimentales o presten servicios que sólo dichas entidades realizan. Así, de acuerdo al artículo 57 del TUO de la LPAG (recientemente incorporado con la modificación del Decreto Legislativo N° 1272), tenemos que:

Artículo 57.- Tercerización de actividades

Todas las actividades vinculadas a los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley.

Este artículo reconoce situaciones que ya se venían dando desde hace mucho. La referencia a una “tercerización” implica el uso de herramientas contractuales para valerse del apoyo de empresas privadas. Siendo esto así, no se trata de la utilización de la figura del encargo de gestión propiamente dicha (toda vez que no se hace alusión al artículo 80 ni se establece la necesaria aplicación de un convenio de colaboración). No obstante, el contenido del referido artículo 57 está sumamente relacionado con el contenido del artículo 80. Es decir, la “tercerización” de actividades administrativas viene a ser prácticamente lo mismo que el objeto del encargo de gestión, de modo que, en nuestra opinión, el artículo 57 resulta otra forma de hacer alusión a dicha figura.

Así, por un lado, está la posibilidad de que, en virtud del artículo 57, se tercerice las actividades vinculadas a los procedimientos administrativos distintas a la emisión misma del acto o resolución. Es decir, se trata de la posibilidad de que las actuaciones procedimentales, como la recopilación de pruebas, la recepción y sistematización de documentaciones, la notificación de oficios, e incluso la misma elaboración del proyecto de resolución sean realizadas por empresas contratadas por la entidad responsable del procedimiento. Y es algo que, por ejemplo, se viene dando comúnmente cuando las entidades públicas contratan con estudios de abogados para que revisen expedientes sancionadores y elaboren los proyectos de resolución, luego de lo cual la misma entidad se encarga de emitir el acto administrativo. Aquí no hay una actuación decisoria ni un ejercicio de autoridad, toda vez que la decisión última recae siempre en la entidad pública, de modo que la secuencia es idéntica a lo regulado por el encargo de gestión.

De otro lado, está la posibilidad de que los servicios prestados en exclusividad por las entidades sean igualmente tercerizados. Como sabemos, los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA's), según el D.S. N° 079-2007-PCM⁹⁴⁹, reconoce dos tipos de procedimientos: i) los “procedimientos administrativos” propiamente dichos (por ejemplo, una solicitud de licencia de funcionamiento); y, ii) los “servicios prestados en exclusividad”. Estos últimos se refieren a aquellas prestaciones que sólo pueden brindar determinadas entidades, debido a que no habría terceros que los presten (previa norma que autorice la prestación del servicio por parte de dicha entidad)⁹⁵⁰. Son

⁹⁴⁹ Que aprueba los lineamientos para elaboración y aprobación de TUPA y establece disposiciones para el cumplimiento de la Ley del Silencio Administrativo.

⁹⁵⁰ Mayor información en: “Guía para el Texto Único de Procedimientos Administrativos: Orientaciones para Municipalidades de ámbito rural.” Nilda Rojas Bolívar y Hartmut Paulsen (Coords.). Lima: Presidencia del Consejo de Ministros – Secretaría de Gestión Pública, 2011, pp. 17. Revisar también: “Guía de Simplificación Administrativa y Determinación de Costos de Procedimientos Administrativos y Servicios Prestados en Exclusividad.” Gobierno Local.

prestaciones que las entidades se encuentran facultadas a brindar de forma exclusiva y que culminan con la efectiva prestación del servicio.

Ejemplos de prestaciones exclusivas son la legalización de certificados de estudios, diplomas y títulos para seguir estudios en el extranjero que realiza el Ministerio de Educación, el certificado de desinfección de ovas que realiza el Ministerio de la Producción⁹⁵¹, la valuación comercial y reglamentaria de bienes inmuebles que realiza el Ministerio de Vivienda⁹⁵², servicios de construcción de veredas que realicen las Municipalidades Locales, entre otros. Así, según el artículo 57 del TUO de la LPAG, dichos servicios exclusivos podrán ser tercerizados a empresas privadas, de modo que sean éstas las que, eventualmente, realicen la prestación directa al administrado (sin perjuicio de que la entidad decida que determinado servicio exclusivo no sea tercerizado y se mantenga bajo el ejercicio directo de ella).

De este modo, tanto las actuaciones procedimentales (distintas a la emisión del acto decisorio), como la prestación de servicios exclusivos, encajan completamente en el ámbito objetivo (contenido) del encargo de gestión, toda vez que, mediante estos instrumentos, se encomienda la actuación de carácter “material, técnico o de servicios”. Siendo esto así, el artículo 57 parece ser una precisión concreta del artículo 80 en cuanto a la posibilidad de encomendar a empresas privadas.

Con ello, el artículo 57 no es una regulación normativa del EPCA, toda vez que su contenido no se corresponde con el ejercicio de auténticas funciones públicas de autoridad o potestad. Sin perjuicio de ello, nos llama la atención que mientras el artículo 57 supone claramente la utilización de mecanismos contractuales para tercerizar dichas actuaciones, el encargo de gestión supone siempre la utilización de convenios de colaboración. ¿Quiere decir, entonces, que el encargo de gestión -en su relación con los privados- termina siendo un contrato? ¿Es el encargo de gestión un instrumento de naturaleza contractual?

Antes de ingresar a este análisis, debemos advertir que la posibilidad de que el EDG se aplicable a las relaciones con empresas privadas constituye una innovación propia de nuestro ordenamiento jurídico, y es una innovación específica respecto a su antecedente normativo recogido en el art. 15 de la LRJAP, y hoy art. 11 de la LRJSP española. El marco legal español no deja abierta la posibilidad de dicha interpretación, toda vez que la misma LRJAP y la LRJSP señalan expresamente que la encomienda recaerá en “otros órganos o entidades de derecho público”, sin hacer referencia alguna a personas jurídicas no estatales susceptibles de ser interpretadas bajo la figura de personas jurídicas de origen y régimen privado⁹⁵³.

Somos de la opinión de que nuestro marco legal quiso aprovechar la capacidad misma del sector privado para la mejor atención de ciertos fines de la Administración. Si la preponderancia desde hace algunos años fue la de valerse de las capacidades del sector privado para garantizar ciertas prestaciones a los administrados, probablemente la Administración también haya visto por bien beneficiarse de dichas capacidades para atender sus propios fines.

Mariana Llosa Rosa, Elena Conterno Martinelli, y Hartmut Paulsen (Coords.). Lima: Presidencia del Consejo de Ministros – Secretaría de Gestión Pública, 2012, pp. 09.

⁹⁵¹ Aunque algunos discuten que este servicio es prestado también por Universidades, de modo que se alega no deberían ser servicios exclusivos.

⁹⁵² Catalogado como servicio exclusivo según el TUPA del Ministerio de Vivienda, pero que en verdad resulta una actividad que también la realizan empresas privadas valoradoras.

⁹⁵³ Sobre la posibilidad de aplicar la encomienda de gestión a personas jurídicas privadas, revisar: ÁVILA ORIVE, José Luis. *Los Convenios de Colaboración excluidos de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2002, pp. 103-123; y, VILALTA REIXACH, Marc. *Op.Cit.*, pp. 133-151.

Al respecto, debemos recordar que el EDG no se configura como un mecanismo destinado, principalmente, para el ejercicio o ejecución de prestaciones directamente aprovechadas por los administrados. Su finalidad directa no es la de brindarle a una utilidad al administrado, sino más bien la de facilitarle y crearle un beneficio organizacional a la misma Administración. Como bien describe Vilalta Reixach, *la posición jurídica del encomendado no se caracterizaría por la voluntad de asumir, bajo su propia responsabilidad, la prestación de un determinado servicio para la ciudadanía, sino que se parte de una perspectiva totalmente contraria: la encomienda de gestión supone la realización puntual de una determinada actividad material, técnica o de servicios hacia el encomendante*⁹⁵⁴.

El encomendado no realiza, en virtud del EDG, una prestación hacia la ciudadanía o administrados en general, sino hacia la misma Administración, y específicamente, hacia el encomendante. El EDG no busca la prestación de un servicio al administrado⁹⁵⁵, sino la ejecución de una actividad que el encomendante requiere realizar (y está obligado a realizar) para el normal desarrollo de sus actividades asignadas por ley. En la línea de lo señalado, la posibilidad de que el EDG abarque a los particulares dentro de su alcance subjetivo es coherente con la búsqueda de estos mecanismos de atención de los fines propios de la Administración, toda vez que, si ésta no puede por sí misma organizarse adecuada y eficientemente, nunca está demás apoyarse en las virtudes del mismo sector privado.

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

No obstante, esta afirmación no está exenta de contingencias abiertamente identificables. El señalar que bajo un mecanismo de EDG los privados pueden colaborar con la Administración para la ejecución de sus tareas materiales no deja de ser un supuesto que abre varias incertidumbres respecto a la misma noción colaboradora que rige la actuación administrativa, y, en suma, respecto a la naturaleza misma de este mecanismo organizador. Como vimos, el artículo 57 del TUO de la LPAG abre ya dicha incertidumbre al dar cuenta de la utilización de “tercerizaciones” (que sin duda implica mecanismos contractuales) en actividades que al final del día son ejemplos materiales de encargos de gestión, de modo que corresponde analizar este criterio.

3.4.4. Sobre la posible naturaleza contractual del encargo de gestión

Ahora, si bien sostenemos que el EDG tiene alcance, incluso, en las personas jurídicas de origen y régimen privado, supuesto que puede resultar muy útil de cara a una mejor ejecución de las actividades instrumentales de la Administración (atendiendo siempre al principio de eficacia), debemos advertir que este supuesto puede resultar polémico y contingente de cara a la naturaleza contractual que se le podría atribuir a la figura, y claro está, respecto a la posibilidad de que dicha figura esté incluida dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública. Precisamente, por este motivo señalábamos que no veíamos por conveniente resaltar una naturaleza contractual del EDG, sino únicamente convencional.

⁹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 101.

⁹⁵⁵ Cabe resaltar que la encomienda de gestión no puede configurarse como un modo de gestión de los servicios públicos. Como señala Vilalta, el carácter restrictivo con el que se define a esta institución y, sobre todo, los presupuestos concretos de falta de eficacia o de carencia de los medios materiales necesarios que habilitan para su ejercicio, impiden que ésta pueda configurarse como una de las formas normales u ordinarias de prestación de los servicios públicos por parte de las diferentes administraciones previstas en nuestro ordenamiento. En: *Ídem*.

La referencia a una naturaleza jurídica contractual resulta, desde nuestro punto de vista, relativamente simbólica en la medida en que no se trata específicamente de un contrato, sino que el esquema y operatividad del mecanismo de la encomienda de gestión (para los supuestos de encomienda en personas jurídicas privadas) termina tomando elementos en cierta manera ligados a la figura contractual, o más precisamente a la figura del negocio jurídico administrativo⁹⁵⁶.

Sin perjuicio de ello, identifiquemos los argumentos por los que se plantea esta posibilidad⁹⁵⁷. Al respecto, Vilalta ha señalado que el EDG es un instrumento que, más allá de constituirse como un mecanismo organizativo, se presenta como un auténtico contrato celebrado entre dos personificaciones autónomas que acuerdan voluntariamente vincularse a través de una relación jurídico-pública⁹⁵⁸.

No obstante, ¿puede el intercambio de prestaciones entre diferentes sujetos públicos, articulado a través del EDG, configurarse como un auténtico contrato? Es claro que en el caso de un EDG entre órganos jerárquicos (independientemente de la inutilidad de la aplicación de la figura en este supuesto) no puede configurarse en lo absoluto como una forma o instrumento contractual. El EDG, dentro de una relación de órganos jerárquicos, responde a una simple orden o mandato jerarquizada y de cumplimiento obligatorio (hasta forzoso), de modo que en estos casos la presencia de una voluntad o acuerdo entre las partes es inexistente. No hay acuerdo de voluntades, y por ello no hay contrato.

La pregunta recae, entonces, para el supuesto del EDG en las relaciones entre entidades u organismos independientes entre sí. Sobre esto, se ha señalado como argumento a favor de la naturaleza contractual del EDG el hecho de que, dentro de su estructura, estarían presentes los elementos característicos del contrato mismo, es decir, una relación bilateral, voluntaria y de contenido patrimonial, características que se desprenden de una lectura de los artículos 140 y 1351 de nuestro Código Civil⁹⁵⁹.

Se dice que en el EDG habría una relación bilateral, en la que figuran dos partes debidamente definidas y diferenciadas entre sí, a saber, el encomendante y el encomendado. En esto estamos de acuerdo. El EDG (fuera del supuesto de relación jerárquica entre órganos), sí constituye una relación entre dos sujetos distintos, que puede involucrar la relación entre un organismo público con otro, o de un organismo público con un actor privado.

⁹⁵⁶ El negocio jurídico administrativo es descrito por Garrido Falla a partir de la teoría general del negocio jurídico privado. Este negocio, señala el autor, se vuelve público cuando el sujeto que actúa aparece como soporte de derechos y obligaciones públicas, el cual es normalmente una entidad pública, y es (aunque excepcionalmente) bilateral cuando incluye dentro de su formulación la participación de otro sujeto. Estos negocios jurídicos públicos no deben incluirse entre los actos de carácter general (reglamentos) ni entre aquellos en que la Administración aplica funciones jurisdiccionales, de modo que los negocios jurídicos de Derecho público quedan limitados a ser una especial categoría de actos administrativos. En suma, la existencia del negocio jurídico bilateral es posible en el Derecho público en la medida en que se admite la existencia misma del contrato administrativo. Revisar: GARRIDO FALLA, Fernando. "El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo". En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 1, 1950, pp. 119-125.

⁹⁵⁷ Sobre la naturaleza contractual del encargo de gestión, revisar dentro de nuestra doctrina local a: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "Proceso de selección por encargo". Op.Cit., pp. 148.

⁹⁵⁸ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 253 y ss.

⁹⁵⁹ Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. (...)

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

De otro lado, se menciona también que el EDG implicaría un acuerdo de voluntades entre las “partes” intervinientes. Al respecto, debemos señalar que este criterio lo vemos parcialmente presente en la estructura misma de esta figura, toda vez que, si bien existe una voluntad de vinculación entre encomendante y encomendado, y hasta cierto punto, puede haber acuerdo o negociación sobre las tareas que serán encargadas, dicha libertad de “pacto” resulta sumamente reducida y limitada, específicamente en el caso de una relación entre entes públicos.

¿Realmente la Administración, o en general cualquier organismo o entidad pública tienen libertad para negociar el contenido del EDG? Es claro que cuando se trata de un EDG entre órganos jerarquizados la autonomía para negociar el contenido del encargo es nula; pero para el caso de organismos o entidades diferenciadas e independientes podría considerarse lo contrario.

La autonomía para la gestión de sus respectivos intereses que el ordenamiento jurídico reconoce a los diferentes niveles de gobierno y administración, en los que se organiza territorialmente el Estado, implicaría situar a las partes intervinientes de la relación del EDG en una posición jurídica de igualdad⁹⁶⁰. En consecuencia, se dice que no cabría hablar de la encomienda o encargo de gestión como la imposición unilateral de la voluntad de una administración sobre la otra, sino que su creación y fijación de su contenido sería fruto de la delimitación conjunta de las partes intervinientes. La concurrencia de voluntades sería, según se afirma, *un elemento esencial de la relación de encomienda, no sólo porque a través de ella nace la relación jurídica, sino porque será a través de dicho consentimiento que se concretará los derechos y obligaciones específicas de cada una de las partes*⁹⁶¹.

No coincidimos en su totalidad con este planteamiento. Si bien resulta claro que la voluntad es un elemento esencial a la hora de suscribir el correspondiente convenio de colaboración que, en virtud del EDG, celebran el organismo encomendante y la parte encomendada, la voluntad no parece trascender más allá de este primer suceso.

Las “partes”, encomendante y encomendado, no poseen en general una libre autonomía para regular los criterios del contenido mismo del EDG. Si bien la referencia que hace el art. 80 a un ejercicio de actividades materiales, técnicas o de servicios parece resultar bastante amplia, la misma norma a su vez impone los límites del alcance objetivo de esta figura. Las “partes” (por ejemplo, para el caso de la relación entre entes públicos) no pueden convenir sobre cualquier tarea material, técnica o de servicios, sino únicamente por las tareas que el encomendante tiene asignadas bajo su competencia.

Asimismo, el encomendante no puede trasladar la prestación o ejercicio de estas actividades por su propia y deliberada iniciativa, sino que opta por dicho mecanismo única y exclusivamente cuando están presentes ciertos criterios de eficacia, de técnica, de presupuesto o de ausencia de medios que justifican y habilitan al organismo a valerse de otra entidad para atender estas tareas.

De otro lado, entra a tallar aquí el análisis del otro elemento característico del contrato, y que, en teoría, escapa de la misma estructura del EDG, que es el fin patrimonial de la operación y que está ligado a la causa misma del supuesto contrato del encargo de gestión. Por definición un contrato es siempre un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos para crear, modificar o extinguir una relación

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 274.

⁹⁶¹ La encomienda de gestión entre administraciones públicas diferentes, señala Vilalta, no puede configurarse como una simple relación orgánica a través de la cual una determinada entidad pública se somete, casi jerárquicamente, a la voluntad de otra administración, toda vez que estaríamos ante una relación entre dos poderes públicos situados jurídicamente en una posición paritaria. Ello llevaría, según indica, a rechazar que la encomienda de gestión pueda configurarse como un simple acto administrativo unilateral necesitado de aceptación. En: *Ibidem*, pp. 274-275.

jurídica patrimonial (art. 1351 del Código Civil). No obstante, consideramos que en la relación del EDG, específicamente entre entidades públicas, este carácter patrimonial no se cumple, toda vez que éste estaría sustituido por el deber de colaboración pública que rige la actividad misma de la Administración.

La lógica del EDG se basa en la colaboración gestora para el desarrollo de ciertas actuaciones materiales que, por cuenta ajena, presta un determinado sujeto a otro, el mismo que, por carecer de los medios necesarios o no disponer de suficiente capacidad de gestión, se vería imposibilitado de actuar por sí mismo⁹⁶². En este sentido, el objeto mismo del EDG está directamente ligada al principio de colaboración para la mejor realización de las tareas de la Administración. Por ende, lo que motiva a las entidades de la Administración a vincularse en virtud de un EDG no es la posibilidad de regular una situación patrimonial, o la de un beneficio exógeno por la prestación de una actividad, sino únicamente el deber de colaboración que determina su actuar de acuerdo al art. 85 del TUO de la LPAG ⁹⁶³.

El EDG entre entidades públicas no tiene un fin patrimonial, sino únicamente una finalidad de colaboración recíproca por expreso mandato legal. Y por ello, el EDG que se genera en una relación entre entes públicos no tiene naturaleza contractual, ergo, no puede ser considerado como un contrato si quiera de carácter público.

Ahora, si bien este deber de colaboración puede constituir la motivación para que dos organismos públicos se vinculen a través del EDG (y con ello, daríamos por descartada una posible naturaleza contractual en la relación de encargo entre entidades públicas⁹⁶⁴), no consideramos que este criterio se encuentre presente en la determinación del motivo o causa por la cual un particular opte por formar parte de dicha relación. En definitiva, un particular que, por encargo de una entidad administrativa se comprometa a realizar una actividad material de la competencia de aquella, lo hace debido a que en virtud de esta operación podrá verse beneficiado. Y es aquí donde encontramos una serie de dificultades no resueltas por nuestro ordenamiento jurídico vigente.

El EDG está conformado por dos partes debidamente delimitadas, de modo que es de carácter bilateral. A su vez, es voluntario en su origen, de forma tal que se podría hablar de una cierta concurrencia de “acuerdo de voluntades”. Y el EDG tiene una causa específica -cuando las partes son entidades administrativas-, que es la colaboración para un mejor ejercicio de las actividades materiales de la administración.

Sobre este último escenario (de entidades públicas vinculadas por el EDG) puede apreciarse que dicho mecanismo parece presentar ciertos elementos remotamente característicos del contrato (más bien, vinculados al negocio jurídico administrativo); mas esta presunción se ve descartada en la medida en que la finalidad de este acuerdo, constituida por el deber de colaboración pública, escapa de la finalidad patrimonial que caracteriza a los contratos (privados y públicos en cuanto al contratista

⁹⁶² *Ibidem*, pp. 284.

⁹⁶³ La lógica contractual o de mercado a la que responden principalmente las entidades jurídico-privadas que, con sus respectivos intereses económicos, operan en el tráfico mercantil en concurrencia con los empresarios particulares, podría resultar completamente ajena a la voluntad de colaboración administrativa que caracterizaría la encomienda de gestión. La encomienda tomaría sólo en consideración la realización más eficaz de las funciones administrativas, pero no los intereses privados del mercado en los que se mueve esta última. Revisar: *Ibidem*, pp. 138-139.

⁹⁶⁴ En contra, Vilalta indica que incluso la encomienda de gestión entre entes públicos -toda vez que en España dicho mecanismo únicamente es aplicable para los órganos u organismos del Estado- tendría naturaleza contractual. En: *Ibidem*, pp. 253 y ss.

privado), y por ello, dicho EDG tendría únicamente naturaleza organizacional y no contractual⁹⁶⁵. No obstante, y como ya se ha venido señalando, nuestro marco legal incorpora dentro del alcance subjetivo de este mecanismo a los agentes privados (art. 80.4 del TUO de la LPAG). Es evidente que el agente privado no se vincula a causa de un deber de colaboración con la Administración, toda vez que (en principio⁹⁶⁶) no tiene la obligación ni quizá el interés de atender dicho fin.

La única causa que podríamos identificar, por parte del agente privado, es que esa colaboración con la Administración lo beneficie mediante alguna utilidad concreta. Y si hablamos de una utilidad hasta cierto punto lucrativa, tendríamos el esquema de un traslado operativo sujeto a contraprestación, que no es otra cosa que un auténtico contrato entre Administración y privado. Entonces, si el EDG entre un ente público y agente privado resulta una operación contractual en todos sus extremos, ¿no sería esto una desnaturalización del mismo mecanismo del EDG?, ¿no sería esto una “contratación” estatal sin la aplicación del sistema de la LCE?

Sabemos que los convenios de colaboración (que, entre otros supuestos, concreta el mecanismo del EDG) están al margen de la aplicación de las disposiciones de contratación estatal en virtud del literal c) del art. 5 de la LCE. No obstante, si el EDG va a ser considerado como una figura de naturaleza contractual, al punto de que se entienda que una determinada entidad administrativa encarga (contrata) a un privado para la realización de una tarea material (un servicio), no habría motivo alguno para exceptuar este mecanismo de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, y su Reglamento aprobado por D.S. N° 350-2015-EF y modificado por D.S. N° 056-2017-EF (en adelante, “LCE”). Si el EDG es un contrato entre Administración y privados, entonces deja de lado su propia naturaleza jurídica, su propia “esencia” para convertirse en una forma contractual, de modo que al suceder esto, en cierta forma, podríamos señalar que el EDG, como figura netamente organizacional, deja de existir para convertirse en una forma específica de contratación pública.

Esta incidencia se identifica no sólo en nuestra realidad jurídica, sino que es un problema que ha sido identificado también en el ordenamiento jurídico español. En sí, el mismo Vilalta cuestiona que el EDG sea considerado únicamente como un mecanismo organizacional de las tareas de la Administración, y dando cuenta de una presunta presencia de los elementos constituyentes del contrato, propone que el EDG sea considerado como un auténtico contrato público bajo el ámbito del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante, “TRLCSPP”)⁹⁶⁷.

En este sentido, el referido autor considera que no sería posible excluir a la encomienda de gestión del ámbito de aplicación del TRLCSPP en atención a la figura del encomendante. Siendo esto así, *la encomienda de gestión puede coincidir plenamente con la figura de los contratos públicos prevista por el TRLCSPP*⁹⁶⁸. Al respecto, debemos señalar que, a diferencia de lo que ocurren en el supuesto de relaciones entre entes públicos (en el que descartamos la posibilidad de entender una naturaleza contractual por la

⁹⁶⁵ En contra de la naturaleza contractual del encargo de gestión: MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. 3° ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, pp. 270; y, SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. Op.Cit., pp. 240.

⁹⁶⁶ Algunas actividades de los privados, por su evidente complejidad y repercusión en el interés público, se sujetan al deber de colaboración con la Administración. Es el caso de la actividad de seguridad privada, la cual, de acuerdo al artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1213 (que regula los Servicios de Seguridad Privada), se ejerce en continua colaboración con la Policía Nacional del Perú.

⁹⁶⁷ Tener en cuenta que Vilalta afirma esta naturaleza contractual teniendo en claro que en España el encargo de gestión sólo es aplicable para las relaciones entre entes públicos, de modo que con mayor razón estaría de acuerdo en darle esta naturaleza contractual a las relaciones con sujetos privados. En: VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 253 y ss.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 307-312.

prevalencia del deber de colaboración), las relaciones de EDG entre un ente público y un sujeto privado sí podría vincularse a esta eventual estructura contractual en función a la presencia de los elementos descritos anteriormente.

La existencia de una relación bilateral, que es conformada por el acuerdo de voluntades (para la aceptación del encargo) y que gira en torno a una causa que determine distintos intereses para las partes (el fin organizacional para la Administración y el posible fin patrimonial para el privado), darían cuenta de una presunta naturaleza contractual del EDG, más allá del mero negocio jurídico administrativo. Sin embargo, al afirmar esto caemos en el riesgo indicado anteriormente, que es el de desnaturalizar la figura y finalidad misma del mecanismo del EDG. Afirmar una naturaleza contractual del EDG (si quiera en los casos de relación con privados) termina deformando este instrumento en su carácter organizacional, como método de colaboración de la Administración orientado hacia un fin público común⁹⁶⁹, para adentrarlo hacia un esquema de intercambio de prestaciones destinadas a satisfacer intereses hasta disímiles entre sí.

Asimismo, afirmar una naturaleza contractual del EDG (tan sólo en los supuestos de relación con privados) implicaría que necesariamente tenga que estar regulada por las disposiciones de la LCE. Ello, en tanto que todo intercambio de prestaciones entre Administración pública y agentes privados, en el que un ente público se valga de un actuar material (que por definición del EDG podría abarcar la prestación de servicios, asesoría técnica, entre otros) a cambio de una contraprestación al contratista (encomendado), no es otra cosa que un contrato público necesariamente regulado por la LCE.

Los convenios de delegación y de EDG entre entes públicos, por tratarse de formas de colaboración sin fines de lucro, están exentos de la aplicación de las disposiciones de contratación estatal, de acuerdo al literal c) del art. 5 de la LCE⁹⁷⁰, a excepción -presuntamente- de los supuestos de convenios de encargo para la elaboración de procesos de selección (de una entidad pública a otra entidad pública)⁹⁷¹. Pero en caso de una eventual EDG hacia privados, y tomando en cuenta que por su presunta naturaleza contractual podría estar presente un fin patrimonial y lucrativo en el encomendado contratista, no podría estar al margen del ámbito de aplicación de la LCE. Lo contrario significaría quebrantar las reglas de la libre competencia, toda vez que si estos “contratos-encargos” son realizados sin el debido proceso de selección y oportunidad de concurrencia, se terminaría afectando a otros posibles competidores que, incluso, puedan ser aún más eficientes al momento de ejercer la actividad material objeto de encargo.

⁹⁶⁹ Recordemos que los convenios de colaboración persiguen un interés en común, a diferencia de los contratos pueden existir contraposición de intereses. Revisar: PASCUAL GARCÍA, José. Loc.Cit.

⁹⁷⁰ Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión

Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la ley: (...)

c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro.

⁹⁷¹ De acuerdo al literal c) del referido artículo 5 de la LCE, y del artículo 94 del Reglamento de la LCE (aprobado por D.S. N° 350-2015-EF y modificado por D.S. N° 056-2017-EF), las entidades públicas pueden celebrar convenios de encargo para que una entidad pública distinta lleve a cabo las actuaciones preparatorias o procesos de selección de su titularidad. Estos convenios, si bien constituyen auténticos casos de encargo de gestión del art. 80 del TUO de la LPAG, y aun tratándose de convenios que, en principio, no deberían llevar cargado un fin de lucro, parecerían estar dentro del ámbito de alcance de las disposiciones de la LCE. Antes de la modificación al reglamento en marzo de 2017, el artículo 5 literal c) señalaba que “los convenios a que se refiere el presente literal, en ningún caso se utilizan para encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o del procedimiento de selección”. No obstante, con la modificación del D.S. N° 056-2017-EF, esta referencia fue quitada, por lo que se podría considerar que ahora sí están considerados en este ámbito de exclusión. Sin embargo, esta postura es aún tema de debate y sujeta a precisión. Sobre estos encargos de procesos de selección, revisar: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.Cit., pp. 145-153.

Es cierto que, mediante el EDG (sin tomar en cuenta su posible naturaleza contractual) se permitiría canalizar la realización de determinadas actividades estrictamente materiales sin los inconvenientes y el rigor de los procedimientos de contratación pública⁹⁷². La Administración podría celebrar un convenio de encargo con un sujeto privado de manera más flexible, rápida y dinámica respecto a lo que implicaría someter la actividad materia de encargo a un concurso o licitación, bajo los estrictos parámetros de la LCE.

No obstante, y como venimos señalando, las virtudes que dicho esquema podría tener se podrían ver opacadas con las eventuales contingencias que traería en la libre competencia e intereses de otros particulares. El EDG, al recaer sobre sujetos privados (ya bajo una naturaleza contractual) puede alterar el juego de la libre competencia o darle posiciones de preferencia a determinados sujetos por encima de otros en abierta contravención a los criterios de objetividad.

Su formalización puede suponer una restricción a la libre competencia y al mercado, puesto que mediante la atribución de la realización de una determinada tarea a otra entidad pública se estaría limitando, si quiera de forma indirecta, las expectativas de los empresarios privados de contratar con la Administración Pública⁹⁷³. Independientemente de estas contingencias, es claro que no existiría impedimento para afirmar la correspondencia de este tipo de EDG a las reglas del sistema de contratación estatal. Lo que se debe buscar, en todo caso, es que de presentarse estos supuestos (a nuestro entender muy excepcionales), el operador público cuide que su aplicación no transgreda las reglas de la libre competencia.

En este sentido, para evitar dichos peligros o para garantizar una utilización responsable de esta institución, deberá atenderse a que la utilización de la encomienda de gestión sea, siempre y necesariamente, limitada y, sobretodo, justificada por la concurrencia efectiva de unas circunstancias concretas⁹⁷⁴, al término de las cuales debería suprimirse el encargo realizado. Por lo tanto, el EDG, en su posible (aunque remota) aplicación a los particulares, deberá realizarse bajo una cuidadosa tutela de las reglas de la libre competencia y concurrencia de posibles encomendados para la prestación de la actividad materia de encargo, de modo tal que este instrumento no pierda su directriz organizacional para abocarse enteramente a una mera modalidad contractual recogida por nuestro ordenamiento.

3.5. Descarte de una utilización directa de la figura del convenio de colaboración: revisión a partir del caso del Touring Automóvil Club del Perú

Habiendo descrito el alcance legal, naturaleza jurídica y estructura misma de los principales mecanismos organizacionales que involucran un ejercicio de funciones público-administrativas de la Administración, podemos advertir las siguientes conclusiones preliminares:

- La delegación administrativa, si bien involucra el ejercicio de funciones públicas por parte de un agente distinto al titular de las funciones o competencias comprometidas, no es aplicable a sujetos de origen y régimen privado, de modo que su ámbito subjetivo no calza en la estructura de las entidades privadas colaboradoras de la Administración. Adicionalmente, la delegación dista mucho de ser un adecuado mecanismo de CPP, y por lo mismo, se trataría de un instrumento desajustado a la mecánica del EPCA. Al ser la delegación un instrumento

⁹⁷² BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y Javier Castro Raimóndez. Op.Cit., pp. 72.

⁹⁷³ VILALTA REIXACH, Marc. Op.Cit., pp. 53-54.

⁹⁷⁴ Ídem.

que, más allá del art. 76 del TUO de la LPAG y otras referencias en normas sectoriales, no tiene mayor regulación procedimental ni de contenido, difícilmente un empresario privado percibiría la suficiente seguridad jurídica, dinamismo, permeabilidad y flexibilidad negocial como para sentirse atraído de participar en colaboración con el Estado.

- El encargo de gestión, si bien constituye un mecanismo cuyo alcance subjetivo abarca, al menos dentro de las posibilidades normativas y teóricas de nuestro ordenamiento, a las personas jurídicas de origen y régimen privado, por su objeto dista de encajar en la estructura misma de la figura del EPCA. El objeto del encargo de gestión únicamente involucra el traslado de tareas o funciones materiales, es decir, de funciones administrativas complementarias y no principales, de modo tal que esta característica impide que nos encontremos ante funciones administrativas principales, o, en otras palabras, auténticas funciones públicas.

En consecuencia, ni la delegación administrativa ni el encargo de gestión (instrumentos que no se deben confundirse entre ellos ni muchos menos considerar que uno forme parte del otro⁹⁷⁵) se configuran como mecanismos legales a través de los cuales se pueda plasmar en el ámbito práctico y legal la figura del EPCA, en virtud de los argumentos anteriormente señalados.

Sin perjuicio de ello, cabría preguntarnos si, obviando estos mecanismos, se podría utilizar directamente la figura del convenio para plasmar concretamente la figura del EPCA. Tanto la delegación como el encargo de gestión constituyen técnicas administrativas que se materializan en un convenio de colaboración, regulado de manera general en los artículos 85 y 86 del TUO de la LPAG.

Como indicamos anteriormente, un convenio de colaboración es un instrumento que se rige por el principio de voluntariedad y libre consentimiento de las administraciones, de modo que, sin llegar a ser contratos, no suponen la mera aplicación de efectos legales, sino que se sustentan en la autonomía de la voluntad administrativa ejercida en el marco del ordenamiento jurídico⁹⁷⁶. Si bien ya hemos explorado y descartado instrumentos legales que se plasman en convenios de colaboración (como la delegación y el encargo de gestión), debemos recordar que el convenio es una figura independiente de dichos mecanismos.

En este sentido, si dichos mecanismos no calzan teórica y normativamente con la figura misma del EPCA, podría, quizá, plantearse que se pueda recurrir directamente a la misma herramienta del convenio de colaboración, sin un mecanismo previo, para desarrollar los diferentes supuestos de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas. Los convenios de colaboración son figuras a través de las cuales se concretan otros mecanismos recogidos por el marco legal, de modo que podría plantearse la posibilidad de que el EPCA, como figura, se concrete directamente a través del

⁹⁷⁵ Y es que, en relación al caso LIDERCON, Giancarlo Vignolo señala que la ITV se configura como una función pública cuya gestión indirecta únicamente podría haberse entregado a un privado a través de la aplicación de la técnica de la delegación administrativa de potestades por medio de un convenio de encargo de gestión. Es decir, mediante la aplicación de la delegación del artículo 76 del TUO de la LPAG sumado al mecanismo del encargo de gestión del artículo 80 de la misma norma. Argumento el cual rechazamos, en primer lugar, porque la delegación y el encargo de gestión son mecanismos diferentes, regulados en diferentes secciones del TUO de la LPAG y que responden a contenidos (funciones públicas / funciones administrativas) y estructuras (sólo entidades públicas / entidades públicas y privadas) distintas, entre otros criterios; y en segundo lugar, por las imprecisiones normativas, teóricas y prácticas que giran en torno a ambos instrumentos y que han sido abordadas en los párrafos anteriores. Revisar: VIGNOLO, Giancarlo. Op.Cit., pp. 107.

⁹⁷⁶ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Op.Cit., pp. 55. Cita original de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.Cit., pp. 369.

convenio de colaboración⁹⁷⁷ sin la necesidad de pasar previamente por fórmulas como el encargo o la delegación, más aun si, en atención de la introducción del numeral 86.4 en el artículo 86 del TUO de la LPAG⁹⁷⁸, se ha precisado que los convenios de colaboración no se limitan únicamente a las relaciones entre las entidades públicas, sino que también es posible aplicarlos en las relaciones con los privados.

No obstante, los convenios de colaboración por sí solos tampoco constituyen mecanismos adecuados para viabilizar estos escenarios de colaboración, pese a que lleven impregnados dicha terminología⁹⁷⁹. Las entidades colaboradoras, como se vio en el capítulo anterior, tienen como característica el ser entidades lucrativas, que realizan las funciones comprometidas por cuestiones empresariales. El EPCA tiene un carácter lucrativo notablemente identificado, y por ello no podría encajar dentro de la lógica de los convenios de colaboración excluidos de la LCE⁹⁸⁰, toda vez que estos convenios no pueden perseguir fines de lucro⁹⁸¹ de acuerdo al literal c) del artículo 5 de la misma LCE⁹⁸².

Pese a ello, en nuestro país se utilizó la figura del convenio para que una empresa privada pueda ejercer la función pública de emisión de licencias de conducir, es decir, nuestra realidad jurídica contempló, pese a los cuestionamientos legales aplicables al caso, una aplicación práctica del EPCA a través de la figura del convenio de colaboración, refiriéndose con ellos al caso del Touring Automóvil Club del Perú. El examen práctico de manejo forma parte de los requisitos exigidos por

⁹⁷⁷ Nuestra jurisprudencia no ha dado cuenta de esta posibilidad (ni tampoco de la posibilidad genérica o desarrollo mismo del EPCA como noción), más algo de esto ha podido verse en la jurisprudencia española. Así, el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 13 de octubre de 1997, dictada en el ámbito de la inspección técnica de vehículos afirmó que la relación entre la Administración y las entidades privadas se basa en los convenios de colaboración excluidos de la ley de contratos. Indica el Tribunal que, (...) “Cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surgen entre ellos 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 art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado [de 1965], que se regulará por sus normas peculiares y, supletoriamente, por la de contratos de la Administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación.” Para mayor información sobre esta sentencia, revisar: CANALS I AMETLLER, Dolors. “La Jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”. En: *Revista del Poder Judicial*, N° 56, 1999, pp. 471-478; y, GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 87.

⁹⁷⁸ Artículo 86.- Medios de colaboración interinstitucional: (...)

86.4 Las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.

⁹⁷⁹ Galán Galán descarta esta opción por dos razones específicas. Para él, los convenios de colaboración sólo pueden versar sobre materias susceptibles de transacción, lo cual dejaría de lado a las funciones públicas por ser estas indisponibles. Asimismo, indica que los convenios de colaboración pueden suponer alteración de las competencias atribuidas a la Administración, lo cual sucedería según él en los supuestos del EPCA. Al respecto, consideramos que estas no son las razones correctas para excluir a los convenios de colaboración de esta figura. El EPCA, como se ha visto, no supone alteración de las competencias asignadas legalmente, sino únicamente un traslado del ejercicio de éstas (nunca de la titularidad). Somos de la opinión que los convenios de colaboración no son aplicables, precisamente, por el carácter lucrativo de las entidades colaboradoras que ejercen dichas funciones públicas. Revisar: Ídem.

⁹⁸⁰ Al respecto, podemos traer a colación lo señalado en la Opinión N° 195-2016-/DTN de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en la cual se señala que, en el ámbito administrativo, los acuerdos de voluntades en que sean partícipes las Entidades de la Administración Pública pueden distinguirse dependiendo de la finalidad perseguida por las partes con su celebración. Así, los contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado serían acuerdos en los que la contraparte de la entidad persigue una finalidad lucrativa; y, en cambio, los convenios que celebran las entidades carecerían de dicha finalidad lucrativa por parte de su contraparte. En este sentido, el OSCE ha expresado que una característica determinante para definir si estamos ante un contrato o un convenio, es evaluar si dichos acuerdos persiguen, o no, un fin lucrativo, independientemente de la denominación que las partes le asignen.

⁹⁸¹ LINARES JARA, Mario. *El Contrato Estatal*. Lima: Editorial Grijley, 2002, pp. 31.

⁹⁸² Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión

Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la ley: (...)

c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro. Los convenios a que se refiere el presente literal, en ningún caso se utilizan para encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o del procedimiento de selección. (...)

el marco regulatorio para que los usuarios o postulantes puedan obtener una licencia de conducir. El Reglamento Nacional de Licencias de Conducir (aprobado por D.S. N° 040-2008-MTC) establece expresamente que, para conducir vehículos dentro del territorio nacional, es necesario contar con una licencia válida de conducir (art. 10).

La emisión de una licencia de conducir depende de la comprobación de una serie de aptitudes y requisitos por parte del administrado, entre las cuales se encuentra aprobar el correspondiente examen de manejo (art. 12 y ss). Todo este paquete de exigencias, que se configuran como presupuestos indispensables para la habilitación del administrado, constituyen una función pública de la Administración, la cual es responsabilidad directa del MTC, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

En este sentido, el administrado postulante debe de rendir el examen práctico de manejo, el cual puede ser realizado por el respectivo Gobierno Regional o, de ser el caso, por un tercero habilitado por dicha autoridad. Esta última referencia es la que permite identificar un supuesto de EPCA, toda vez que, al ser el examen de manejo (y en general, toda la secuencia de comprobación de aptitudes y requisitos para la emisión de la licencia de conducir) una auténtica función pública, la posibilidad de que ésta sea ejercida por parte de empresas privadas determina la presencia de dicha figura.

Como señaló INDECOPI, En el caso de la Región Lima, sería la Dirección Regional de la MML o la Dirección Regional del Gobierno Regional de Lima Provincias las encargadas de implementar un Centro de Evaluación, o de autorizar a terceros a prestar los servicios de evaluación. Sin embargo, debido a que, hasta la fecha, las respectivas direcciones regionales no han asumido dicha función, el MTC ha continuado en el ejercicio de ésta⁹⁸³.

Respecto a esto, mediante D.S. N° 008-84-TC se autorizó al MTC a suscribir convenios con instituciones docentes, a efectos de que éstas realicen los exámenes de aptitud para el otorgamiento de licencias de conducir. Hoy en día, es el artículo 21 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir el que faculta al MTC o a las Direcciones Regionales a autorizar a terceros, y no necesariamente a instituciones docentes, para realizar dichas evaluaciones⁹⁸⁴.

En aquel contexto, cuando se encontraban vigentes el referido D.S. N° 008-84-TC y el D.S. N° 012-77-TC (antiguo Reglamento de Licencias de Conducir), el MTC celebró un Convenio con el Touring Automóvil Club del Perú en el año 1991, autorizándolo a tomar los exámenes teóricos y prácticos a postulantes para el otorgamiento de licencias de conducir de la Clase 1, convenio el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial 216-91-TC/15.15. Dicho Convenio ha sido prorrogado 17 veces hasta la actualidad, y a la fecha, el MTC no ha firmado convenio ni autorizado a otro agente económico para tomar el referido examen⁹⁸⁵.

Así, en la Región Lima, el Touring es el único Centro de Evaluación habilitado por el MTC para tomar el examen práctico de manejo a los habitantes domiciliados en la región⁹⁸⁶. Más allá de las incidencias relacionadas a una posible restricción de la competencia y presencia de eventuales barreras burocráticas en esta actividad, lo cierto es que la Administración habilitó a esta empresa para que ejerza una función pública en virtud de un convenio administrativo.

⁹⁸³ En: "Abogacía de la competencia en el mercado del servicio de examen práctico de manejo en la Región Lima". *Comisión de Defensa de la Libre Competencia*. Diciembre de 2014, pp. 14-15.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 09-10.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 15.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 04.

Lo cierto es que, más allá de los obstáculos teóricos advertidos párrafos atrás, que impiden configurar al convenio como un medio para el traslado de funciones públicas a empresas privadas con fines de lucro, el convenio celebrado con el Touring es, a su vez, un acto contrario al mismo ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo al artículo 21 del Reglamento Nacional de Licencias de Conducir, los exámenes de manejo serán realizados, o bien por la misma Administración, o bien por terceros autorizados “*bajo cualquiera de los mecanismos de promoción de la inversión privada (PIP) o contratación pública*”.

Es decir, los únicos esquemas legales aplicables para la participación privada en el ejercicio de la función pública de exámenes de manejo son los relacionados a las normas de PIP (como el DL 1224), o de contratación estatal (LCE), de modo que los convenios de colaboración están excluidos de ser utilizados para materializar el EPCA en esta materia. Siendo esto así, las empresas privadas que realicen exámenes de manejo, deberían ingresar a la actividad por medio de un mecanismo distinto al del convenio, toda vez que éste, además de estar proscrito legalmente para este sector, no cumple con determinadas exigencias teóricas y normativas para viabilizar el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras.

Por lo tanto, y sobre la base de los argumentos anteriormente referidos, podemos descartar la utilización de convenios de colaboración, de manera directa aislada, para el traslado de funciones públicas a entidades privadas colaboradoras, toda vez que éstas tienen como característica principal el perseguir un fin de lucro por el ejercicio de su actividad profesional.

3.6. La apuesta por un mayor uso de los sistemas de acreditación pública

Nuestro ordenamiento jurídico no tiene diseñado un instrumento específico para cubrir este tipo de escenarios. El marco legal peruano no posee un instrumento estructurado y dirigido específicamente a atender los casos de un traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares (EPCA), ni tampoco posee normas sectoriales o especiales (si quiera generales) que desarrollen de manera suficiente los supuestos de entidades privadas colaboradoras de la Administración.

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

No obstante, y como se ha podido apreciar a lo largo del presente capítulo, ninguno de los instrumentos descritos anteriormente se ajustó de manera suficiente a la estructura del EPCA ya estudiada en el capítulo anterior. Obstáculos de índole teórico (autorización y concesión) y elementos de carácter normativo y hasta práctico (delegación y encargo de gestión) imposibilitaron dar una respuesta positiva a la pregunta sobre qué mecanismo jurídico sería el ideal para estos escenarios.

¿Quiere decir esto que no existe regulación o mecanismo concreto que sea aplicable íntegramente a este fenómeno colaborador? ¿Es el EPCA una figura jurídica sin carente de título jurídico? Al respecto, consideramos que existe un mecanismo legal que resulta de suma utilidad jurídica y práctica para efectivizar (si bien de forma complementaria a otros mecanismos, como se verá) el traslado de

funciones públicas al sector privado, el cual, sin llegar a ser perfecto, constituye en nuestra opinión una especie de “paliativo” el escenario de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas.

3.6.1. La Acreditación: una buena alternativa para complementar la mecánica de habilitación de entidades privadas colaboradoras

La *acreditación* es un sistema utilizado de manera regular por algunos ordenamientos (como el español) para habilitar a empresas privadas en el ejercicio de determinadas funciones públicas. Este mecanismo, que ya fue referido brevemente en la sección de la autorización administrativa del presente capítulo, implica una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto (que sería, en este caso, la entidad privada colaboradora) cumple con determinados requisitos para ejercer una actividad en específico⁹⁸⁷. Como señala Galán Galán⁹⁸⁸, estos requisitos tienen como finalidad garantizar que dicho sujeto posee la capacidad técnica y financiera necesaria para llevar a cabo la actividad comprometida, así como una imparcialidad y objetividad adecuada en la realización de dicha actividad.

La acreditación parece ser, a primera vista, un mecanismo idéntico a la autorización administrativa. Ambos instrumentos corroboran el cumplimiento de ciertos criterios y requisitos, y luego de confirmar la presencia de éstos, se componen en una resolución o declaración de la Administración que habilita al interesado para ejercer la actividad correspondiente. No obstante, entre la acreditación y la autorización existe una diferencia significativa y determinante, que tiene que ver precisamente con el origen mismo de la actividad comprometida (sin perjuicio de que, como se verá, ambas figuras puedan estar presentes en un mismo escenario de EPCA).

Mientras la autorización es una técnica de intervención administrativa que lleva a cabo un control preventivo del ejercicio de actividades privadas, y en la que la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar dicha actividad⁹⁸⁹; la acreditación implica el reconocimiento de la Administración de que cierto sujeto o persona jurídica cuenta con la calidad y las aptitudes (*auctoritas*) suficientes para realizar una actividad sobre la cual no cuenta con un derecho preexistente.

El sistema de autorización verifica que un determinado solicitante cumple con las especificaciones exigidas por el ordenamiento (usualmente recogidas en el respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA) para que luego de la correspondiente verificación, se habilite a dicho administrado para la realización de la actividad de la cual ya posee un derecho previo. En la autorización, hay un derecho previo del administrado, un derecho para realizar una actividad económica libre, de modo que ésta sirve como un control-habilitación para que quienes opten por ejercer la actividad en cuestión lo hagan bajo los estándares y reglamentaciones correspondientes, en aras de tutelar el interés público.

En la acreditación (sostenemos a partir de la doctrina revisada⁹⁹⁰) no existe un derecho previo para el ejercicio de la actividad, situación contraria al caso de las autorizaciones. Puede tratarse de actividades cuyos medios son notoriamente empresariales (como la ITV), pero en general se trata usualmente de funciones de la Administración ligadas a sectores de control ambiental, industrial, entre otros. Sin

⁹⁸⁷ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 87.

⁹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 90.

⁹⁸⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, pp. 37.

⁹⁹⁰ GALÁN GALÁN, Alfredo. Loc.Cit.; y, CANALS I AMETLLER, Dolors. *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (Control, Inspección y Certificación)*. Op.Cit., pp. 183-186.

embargo, el sistema de acreditación no se limita a verificar la existencia de ciertos requisitos o exigencias del ordenamiento, sino que da conformidad de que cierto sujeto posee aptitudes superiores o especializadas en determinados sectores, y por lo mismo, dicho sujeto obtiene las credenciales suficientes del Estado para ejercer una específica actividad compleja⁹⁹¹.

En resumen, podría decirse que mientras la autorización se limita a constatar la presencia de determinados requisitos susceptibles de ser obtenidos por la uniformidad de los administrados, la acreditación va más allá de esta constatación para exigir no sólo la presentación de determinada documentación, sino también para exigir que el administrado tenga las aptitudes, credenciales o especializaciones correspondientes a la actividad que se pretende ejercer⁹⁹². Adicionalmente, es de resaltar el hecho que mientras en el sistema de autorizaciones la Administración no tiene un interés directo o necesidad específica en cuanto al ejercicio de la actividad solicitada (la cual es de único interés de quien solicita la autorización), en la acreditación parece estar siempre presente un interés subyacente de la Administración para que la actividad en cuestión se realice, y de la mejor manera posible⁹⁹³.

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

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

Ambas figuras tienen sus pros y contras. Recordemos, para empezar, que la concesión administrativa es una figura orientada específicamente a actividades económicas y no funcionales. Pero

⁹⁹¹ La acreditación, se dice, es un procedimiento administrativo a través del cual se evalúa la competencia técnica de las entidades que deseen brindar determinados servicios complejos. A diferencia de otros procedimientos de autorización, la acreditación requiere el cumplimiento de requisitos de organización, adicionales a los requisitos referidos a la competencia técnica (perfil del personal, infraestructura con la que cuenta la entidad, etc.). Para efectos de la acreditación es necesaria la implementación de un sistema de calidad que asegure que la entidad que brindará los servicios, mantendrá o mejorará su competencia técnica. En: MELLO ROMERO, Augusto. *Sistema de Acreditación Peruano y la Certificación de Firmas Digitales*. Consultado: 04 de febrero de 2017: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Agosto_Mello.pdf

⁹⁹² Al respecto, es posible que otros títulos habilitantes, como la licencia de conducir o el permiso para portar armas, por ejemplo, también tengan una estructura similar a la acreditación en la medida en que se orientan a verificar determinadas aptitudes personales del administrado. La diferencia podría estar en la eventual preexistencia de un derecho para realizar la actividad, así como en el hecho de que la acreditación esté dirigida a empresas o entidades colaboradoras, mientras que los otros mecanismos mencionados se enfocan, en la mayoría de casos, en personas naturales. Asimismo, podrían diferenciarse en el hecho de que los permisos de portar armas y licencias de conducir se enfocan en requisitos personalísimos de carácter motriz y psicológico, mientras que la acreditación está también dirigida a determinar cualidades profesionales, intelectuales, de especialización en determinadas materias y no sólo el cumplimiento básico de algunas aptitudes.

⁹⁹³ Es el caso, como se verá más adelante, de los terceros supervisores de Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), regulado por el Reglamento del Régimen de Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del OEFA, en el cual el administrado (tercero supervisor) accede a la actividad principalmente (y muy aparte de su legítimo interés), por la necesidad concreta y contextualizada de la Administración en materia ambiental.

independientemente de este obstáculo meramente teórico, lo cierto es que, al manifestarse en un acuerdo contractual, dicho mecanismo brinda suficientes garantías y seguridades para el administrado que probablemente no tendría bajo un mero procedimiento de acreditación. De por sí, el sistema concesional posee una regulación sectorial extensa (DL 1224, reglamento y demás normas complementarias), mientras que el sistema de acreditación no tiene siquiera una norma general que regule los escenarios de las entidades privadas colaboradoras. Existe, quizá, menor seguridad jurídica, la cual se ve acentuada por la ausencia de cláusulas contractuales que regulen las situaciones jurídicas de las partes Administración – acreditado.

No obstante, puede alegarse en favor de la acreditación el hecho de que este mecanismo constituiría un instrumento más flexible y dinámico que la concesión. Mediante un sistema de acreditación, indican, *se evitaría someter la actividad comprometida al engorroso sistema de licitación o concurso público* bajo las normas de PIP⁹⁹⁴. En este sentido, se ha señalado que las necesidades de la Administración y el interés público podrían ser atendidos de manera más eficaz y rápida, siempre de la mano, claro está, de un buen sistema de control y supervisión. ¿A qué conclusión preliminar podemos llegar con todo esto?

Somos de la opinión que la acreditación, pese a ser bastante dinámica, no es un título lo suficientemente fuerte para garantizar por sí mismo un traslado efectivo de funciones públicas a los particulares, y ello debido a su propia naturaleza, que la configura más como un mecanismo de constatación de aptitudes que un mecanismo “habilitador” en sí mismo. No obstante, su utilidad es indiscutible al momento de realizar estos traslados, es decir, su propia naturaleza la convierte en un mecanismo de gran utilidad que, quizá de manera complementaria, coadyuve a un real traslado de estas funciones de forma correcta y eficaz. En consecuencia, la acreditación puede configurarse como un mecanismo complementario y de suma utilidad (práctica y teórica) para el traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico peruano podría apostar por fomentar más la utilización de este tipo de sistemas para regular, complementariamente, los eventuales escenarios de las entidades privadas colaboradoras de la Administración. Como se verá mejor más adelante, el marco legal peruano debería ser lo suficientemente flexible para atender estos casos tan levemente desarrollados. A falta de un mecanismo específicamente diseñado para los supuestos de EPCA, y ante la carencia de suficiente regulación normativa, desarrollo jurisprudencial e investigación académica respecto a estas formas de colaboración, lo mejor es que el ordenamiento peruano se adecúe utilizando los instrumentos a su alcance que mejor se acomoden a cada caso.

Y no estaría demás que nuestro ordenamiento desarrolle de forma más exhaustiva el sistema de acreditación para distintas actividades funcionales distribuidas en los diferentes sectores que maneja el Estado (ambiente, energía, sanidad, justicia-penales⁹⁹⁵, etc.). Por nuestra parte, y a falta de mayores alcances normativos-generales o académicos que alumbren esta propuesta, podemos describir lo que la doctrina comparada ha desarrollado en cuanto a este tipo de mecanismos, de modo tal que lo contrastemos con posibles normas regadas bajo nuestro marco legal vigente.

3.6.2. Modalidades de acreditación

⁹⁹⁴ Sin perjuicio de que, posteriormente a la acreditación, se pueda presentar un proceso de selección en función al número de operantes que, por el contexto, necesite la Administración en determinadas circunstancias. Es el caso de los Terceros Supervisores de OEFA, que será revisado luego.

⁹⁹⁵ En cuanto a servicios internos al interior de los centros penitenciarios, pero no para la operación integral de la infraestructura, para lo cual sí sería necesario un contrato de concesión.

Dentro del sistema de acreditación la doctrina reconoce hasta dos modalidades concretas. Por un lado, la modalidad de la acreditación privada seguida de autorización administrativa; y por el otro, la modalidad de la acreditación pública; además de algunas variantes entre una y otra modalidad, como se verá a continuación:

3.6.2.1. Acreditación privada seguida de autorización administrativa

En este supuesto, para que el administrado adquiera la condición de entidad privada colaboradora y pueda realizar la actividad en cuestión es necesario que cumpla una doble condición: primero, que obtenga una acreditación privada (obtenida por una entidad privada de acreditación), y luego, que obtenga la correspondiente autorización administrativa⁹⁹⁶.

Esta acreditación privada se configura como una mera actividad reglada y técnica, que opera como presupuesto para la consiguiente habilitación a cargo de la autorización administrativa. Dicha autorización es otorgada por la Administración titular de la función cuyo ejercicio se traslada, y en este caso, es la autorización el título jurídico que habilita a la entidad privada colaboradora a realizar su actividad, de modo tal que solamente a partir del momento en que haya obtenido la autorización se habrá hecho efectivo el traslado del ejercicio de la función pública⁹⁹⁷.

La autorización termina siendo el título a través del cual se traslada el ejercicio de la función bajo este escenario⁹⁹⁸. Ello, desde luego, resulta incongruente con lo que venimos señalando respecto a la falta de idoneidad teórica de la autorización administrativa como título adecuado para este tipo de operaciones. No obstante, ello tiene una explicación sustanciosa. En este caso, la acreditación no proviene de la misma Administración, sino de una entidad privada acreditadora. La Administración únicamente constata la presencia de la acreditación privada, y precisamente, por tratarse de un acto privado, no puede ser un instrumento que otorgue eficacia pública ese tipo por sí mismo.

Claro que pueden existir actos de privados con eficacia pública e incluso, desde nuestro punto de vista, auténticos actos administrativos (lo vimos al examinar los actos administrativos de privados), pero ello dista mucho de la posibilidad de que un privado sea el que legitime el traslado mismo de la función pública a otro privado, y en ello radica la presencia de la autorización en este escenario como un control aplicado directamente por la Administración.

Como bien señala Galán Galán, la finalidad de la autorización para este supuesto es permitir un segundo control sobre la entidad privada colaboradora, el cual queda en manos directamente de la Administración⁹⁹⁹. La Administración actúa en este caso a través de la autorización, y como ésta de por sí resulta un instrumento débil para el traslado de funciones públicas a particulares, se apoya en el sistema de acreditación (fórmula que, en nuestra opinión, resulta mejor diseñada que la autorización de manera aislada).

Sin embargo, consideramos que, si bien la autorización puede revestirse de un segundo control de la acreditación privada, sería más conveniente invertir el sistema de control (a través de una acreditación pública) para que así la autorización pase a ser únicamente (y como debería ser) el instrumento a

⁹⁹⁶ Como indica Galán, la finalidad de esta acreditación privada es garantizar que la entidad colaboradora dispone de la capacidad técnica y financiera necesaria, y que realizará su actividad con imparcialidad y objetividad. Por ello, la acreditación solamente se concederá después de comprobar que la entidad colaboradora cumple los requisitos previamente establecidos por el marco legal correspondiente. En: GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 91.

⁹⁹⁷ Ídem.

⁹⁹⁸ Ídem.

⁹⁹⁹ Ídem.

través del cual se habilite el inicio mismo de la actividad. Como vimos anteriormente, ciertas funciones públicas se valen de *medios* abiertamente económicos para su manifestación, como es el caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV), auténtica función pública que se concreta mediante la actividad de los Centros de revisión técnica, actividad técnica y comercial que se debe prestar en un modelo de libre competencia. En este sentido, vimos que para este tipo de funciones públicas resulta de suma utilidad el sistema de autorizaciones, por ser éstos instrumentos los que mejor se adecúan al régimen de libre competencia en el mercado.

No obstante, al no tratarse de cualquier actividad económica, sino de una que se sustenta en una función pública de autoridad, resultaba conveniente tener un filtro previo, igualmente proveniente de la Administración¹⁰⁰⁰, que permita constatar que el eventual operador privado cuenta con las cualificaciones técnicas, financieras y, en suma, especialidades para ser un ejerciente de dicha actividad decisoria. Un adecuado filtro público que viabilice un adecuado traslado de la función pública al particular, para que la ejerza mediante una actividad económica, es precisamente la acreditación pública.

Así, una entidad pública acredita que determinada empresa cumple con las exigencias para una adecuada prestación de la actividad en términos calidad y eficiencia, lo cual, por ejemplo, podría quizá efectuarse a través del Instituto Nacional de Calidad – INACAL. Y posteriormente, la empresa tramita su correspondiente autorización para iniciar sus operaciones, la cual estará más orientada a determinar si se cumplen requisitos reglamentarios (por ejemplo, relacionados al local/establecimiento). De este modo, nos involucramos en la siguiente modalidad de acreditación reconocida por la doctrina, que es la acreditación pública.

3.6.2.2. Acreditación pública: contraste con el supuesto de los Terceros Supervisores de OEFA y las empresas supervisoras en el sector eléctrico

En este supuesto, y de acuerdo a la doctrina, para que el administrado adquiera la condición de entidad privada colaboradora y realice la actividad en cuestión, basta que obtenga la acreditación concedida por la propia Administración titular de la función cuyo ejercicio se pretende trasladar. En este escenario no entra a tallar, en principio, la autorización administrativa posterior a la acreditación, toda vez que la intervención administrativa tendría lugar en el momento mismo de la acreditación por parte del ente público¹⁰⁰¹. Siendo esto así, el título jurídico habilitante del ejercicio de la función pública por parte del privado lo constituye la misma acreditación pública.

Como se puede apreciar, según alguna parte de la doctrina¹⁰⁰², la acreditación pública se configuraría en este supuesto como el título jurídico a través del cual se traslada la función pública al privado (cuyo ejercicio, claro está, dependerá de una formalidad previa como un contrato de locación). Esta acreditación pública califica y reconoce la presencia de ciertas aptitudes especializadas del administrado que pretende ejercer la actividad en cuestión, y a la par sirve como mecanismo que

¹⁰⁰⁰ Podría objetarse esta afirmación señalando que, en la línea de los fundamentos teóricos del EPCA que se centran en el avance de la técnica y el riesgo para trasladar ciertas actividades a los particulares, dicha acreditación también debería provenir de entidades privadas y no de públicas, pues aquellas podrían ser más eficientes en su labor por temas de especialización. No obstante, si afirmamos esto caeríamos en un círculo vicioso de nunca acabar. La acreditación cumple el objetivo de una función pública, la de autoridad, y siendo esto así ¿quién acreditaría a dichas entidades de acreditación? ¿otra entidad privada? Sin dudas la secuencia sería muy larga hasta determinar en qué punto se conecta lo público con lo privado, y es por ello que la acreditación que sirve de filtro previo al sistema de autorización debe ser también un instrumento público, de una entidad pública, como lo es el INACAL.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, pp. 92.

¹⁰⁰² *Idem*.

limita el posible número de actores en el sector, luego de lo cual actúa también como el instrumento que canaliza este traslado operacional de la función pública administrativa.

No obstante, y como se indicó anteriormente, consideramos que la acreditación pública, por sí misma, no puede habilitar un ejercicio concreto de la función pública, toda vez que, adicionalmente, debe requerirse un instrumento formal que regule la situación jurídica creada en este escenario. Como se verá, las normas que de alguna manera recogen el sistema de acreditación en nuestro país, contemplan un esquema concurrente, en el que la acreditación se complementa posteriormente con un contrato público, el cual es el que formaliza y habilita en el plano práctico el ejercicio de la actividad.

La acreditación pública supone un primer paso para la habilitación de la función, en la medida en que reconoce y constata determinadas aptitudes y especialidades del particular, toda vez que lo común es que a esta acreditación le siga un proceso de selección entre todos los posibles ejercientes, de modo tal que la entidad pública titular de la función escoja (de acuerdo a sus necesidades) a la empresa privada que realizará la función en un contexto determinado. Este es el escenario que encontramos, como se verá, en las normas que regulan los supuestos de Terceros Supervisores de OEFA (Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD), y la de las Empresas Supervisoras del sector eléctrico contratadas por OSINERGMIN (Ley N° 27699 y Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016.OS/CD).

La acreditación es comúnmente reforzada y complementada con la suscripción de un contrato derivado de un proceso de selección, mas ello no quita que la acreditación se posicione como un mecanismo indispensable y necesario en el esquema del traslado de la función pública. Por ello, sostenemos que la acreditación pública, si bien no es por sí sola la que habilite el ejercicio concreto de la función, sí es un presupuesto que habilita “potencialmente” ese ejercicio, el cual se “gatilla” luego de la suscripción del respectivo contrato.

Ahora, la acreditación pública, en definitiva, tendría que provenir de una entidad igualmente pública que cumpla el criterio orgánico del traslado de funciones públicas a los particulares. En nuestro país encontramos algunas entidades que tienen por objeto certificar ciertos elementos de calidad y especialidad de los operantes de determinadas actividades económicas. Si bien su enfoque no es el trasladar, precisamente, una función pública al particular, la actuación de tales entes opera como una forma de verificar determinadas cualificaciones del producto/servicio y del productor/prestador.

Así, por un lado, tenemos al Instituto Nacional de Calidad (INACAL), organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de la Producción que, en virtud de la Ley N° 30224 (Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el INACAL), realiza actividades de normalización, acreditación y metrología de determinadas actividades económicas. Tenemos también a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI, organismo nacional de acreditación encargado de evaluar y calificar a empresas para la prestación de actividades de ensayo, calibración, inspección y certificación de productos y personal de otras empresas (servicios de evaluación de “conformidad”).

Pero si de una actividad en concreto se trata, y sobre la cual podamos identificar la presencia del ejercicio de una auténtica función pública, deberemos revisar el supuesto de las entidades supervisoras de los estándares y niveles de calidad ambiental de determinadas empresas, a lo que se conoce como los “Terceros Supervisores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)”, habilitados legalmente en virtud del artículo 12 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual señala que las funciones de supervisión y fiscalización

podrán ser ejercidas a través de terceros, para lo cual OEFA establecerá los criterios y procedimientos aplicables para su concreción.

En correspondencia con ello, tenemos que la actividad de los Terceros Supervisores del OEFA está regulada específicamente por el Reglamento del Régimen de Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD (en adelante, “Resolución OEFA”). Son personas jurídicas o naturales que, en virtud de un procedimiento diseñado por la Resolución OEFA, realizan la actividad supervisión y fiscalización, auténtica función pública de dicho organismo en virtud del artículo 35 de la Resolución OEFA¹⁰⁰³.

Sobre este tipo de actividad, Canals señala que, en el contexto español, se trata de entidades públicas o privadas, personas físicas o jurídicas, independientes de la empresa sometida a verificación o supervisión¹⁰⁰⁴. Como indica la autora, según el artículo 4 del Reglamento Comunitario 761/2001 y el artículo 20 del Reglamento 1221/2009, estas entidades supervisores deben contar con una acreditación previa producto de un procedimiento de evaluación de requisitos y cualificaciones prediseñadas.

En este sentido, y una vez acreditadas dichas entidades privadas en el ordenamiento español, quedarán obligadas únicamente a inscribirse en el Registro de Establecimientos Industriales creado al amparo de la Ley de Industria y Desarrollo¹⁰⁰⁵ por el Real Decreto 697/1995. Un esquema similar sucede en virtud de la Resolución OEFA, en el que se entiende un proceso de acreditación previo para la inscripción en el registro correspondiente de los terceros supervisores.

De acuerdo al artículo 8 de la Resolución OEFA¹⁰⁰⁶, las personas naturales y jurídicas (privadas) que pretendan ejercer la actividad de supervisión y fiscalización ambiental deben pasar por un proceso de inscripción en el Registro de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores, el cual, de acuerdo al artículo 9, establece una serie de requisitos similares a los que se exigiría a un interesado solicitante de una autorización. Sin embargo, dichas exigencias difieren de los clásicos requisitos de las autorizaciones detalladas en los TUPA de las entidades públicas. Así, de acuerdo al literal c) del artículo 9, se requerirá por parte de las personas naturales la presentación de su currículum vitae en donde figure el grado académico, título, colegiatura, experiencia previa general y específica. Asimismo, de acuerdo al artículo 10 literal f), para el caso de las personas jurídicas se exigirá la presentación de las mismas credenciales por parte de los cuatro evaluadores (personas naturales) que dichas personas jurídicas vayan a utilizar para la supervisión.

Como se puede ver, las exigencias comprendidas en la Resolución OEFA no se limitan a una constatación de requisitos legales y documentarios que cualquier interesado pueda presentar para el inicio de una actividad económica cualquiera. Se trata de exigencias enfocadas en las cualidades, especialidad, experiencia, y competencia académica y técnica de quien pretende realizar la actividad de supervisión. Ello resulta exigible en la medida en que es la misma Administración la primera interesada en que dicha actividad se realice, y por ello, al ser una responsabilidad suya, debe acreditar

¹⁰⁰³ Resolución OEFA: Artículo 35. - Ejercicio de la función pública por parte de los Terceros:

Los Terceros que realicen las funciones de fiscalización ambiental ejercen función pública en el desempeño de las labores que realizan en nombre del OEFA.

¹⁰⁰⁴ CANALS I AMETLLER, Dolors. Op.Cit., pp. 184-185.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, pp. 186.

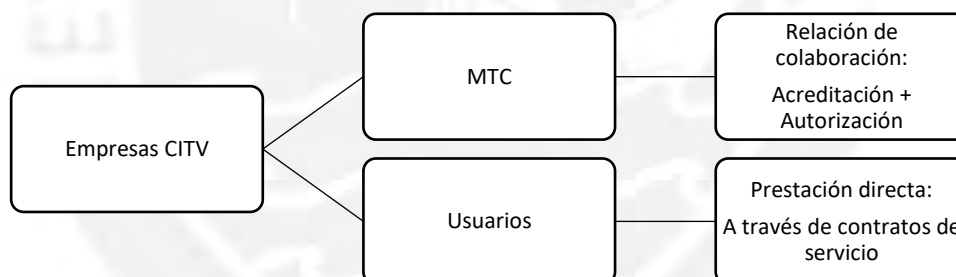
¹⁰⁰⁶ Artículo 8. - Solicitud de inscripción: La solicitud de inscripción en el Registro deberá ser presentada dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes.

que el eventual ejerciente cumple con las características que le serían igualmente exigidas a la entidad pública correspondiente si la realizara directamente¹⁰⁰⁷.

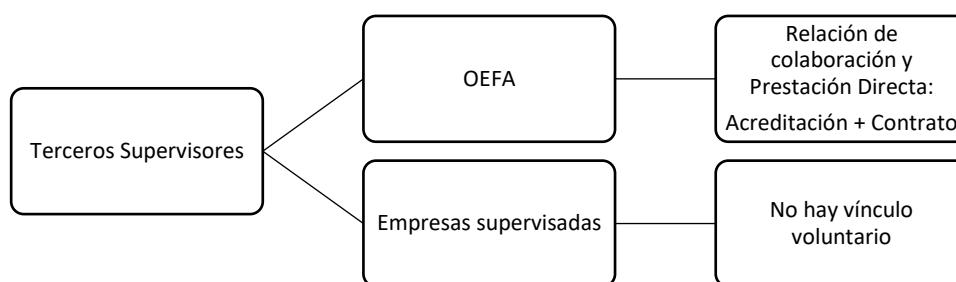
Es por ello que, al igual de lo que sucede en el ordenamiento español, consideramos que los Terceros Supervisores de OEFA pasan por un proceso de acreditación de forma previa a su inscripción en el registro correspondiente (pese a que la norma no es expresa en señalar esto). Esquema similar al de la ITV, pero con la diferencia de que los *medios* a través de los cuales se expresa la función pública de supervisión de dichos terceros no es abiertamente económica o comercial como sí lo es la actividad de ITV.

Siendo distintos los *medios*, el instrumento posterior a la acreditación también varía, y es por ello que, mientras la ITV respalda la acreditación en un sistema de autorizaciones (ya que el ejerciente entra en directo contacto con un universo de usuarios/clientes), los Terceros Supervisores de OEFA -al estar enfocados en su relación con esta entidad pública, a la cual prestan sus servicios de forma directa-, respaldan dichas acreditaciones con un vínculo contractual (de acuerdo al artículo 29 y ss. de la Resolución OEFA).

Es decir, en la ITV, los Centros de Inspección Técnica de Vehículos mantienen una relación de colaboración con la entidad pública (MTC), a través del sistema de autorización (y, como debería ser también, mediante acreditación previa); y una relación de prestación directa de servicios con los usuarios, con quienes contrata. Mientras que en el caso de los Terceros Supervisores existe una relación de colaboración y prestación directa con OEFA, a través de la acreditación, y con quien a su vez contrata; no existiendo relación alguna con las empresas supervisadas más allá de la interacción durante la supervisión misma.



¹⁰⁰⁷ De hecho, se podría señalar, como argumento en paralelo, que el régimen de los Terceros Supervisores de OEFA, más allá de una colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, podría estar encubriendo algún tipo de régimen “especial” de locación de servicios, o de contratación de personal (funcionario público) de forma especialmente indirecta. Al tratarse, en ciertos casos, de personas naturales que ejercen una función pública de la Administración, que son evaluados previamente y que entran a un proceso de contratación en función a las necesidades contextualizadas de la entidad, a cambio de contraprestaciones económicas y bajo un esquema muy similar al de cualquier funcionario público, podríamos estar frente a una relación laboral encubierta y desnaturalizada. No obstante, ello dependerá del nivel de acercamiento del régimen de estos terceros supervisores con los clásicos regímenes de contratación de personal en la Administración en sus diferentes modalidades. Mientras se mantenga un nivel de independencia suficiente que permita mantener un criterio de colaboración y no de sujeción entre el privado y la entidad pública, estaremos ante una manifestación de EPCA (si bien aplicado a un supuesto de personas naturales); de lo contrario, claramente se trataría de una relación desnaturalizada de trabajo que deberá ser abordada bajo un análisis diferente al de esta investigación.



Como se puede apreciar, en ambos supuestos está presente la relación de colaboración a través de un sistema de acreditación. Lo que cambia en uno y otro caso es el mecanismo que se utiliza luego de dicha acreditación, lo cual está en función al enfoque de la prestación misma del ejerciente¹⁰⁰⁸.

Un caso similar al de la acreditación de los Terceros Supervisores de OEFA, y que incluso resalta de mejor manera la presencia de este sistema, es el supuesto de las Empresas Supervisoras en el sector eléctrico. De acuerdo al artículo 4 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, las funciones de supervisión, supervisión específica y fiscalización atribuidas al OSINERGMIN, “podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras¹⁰⁰⁹.”

La referida ley señaló a su vez que OSINERGMIN dispondría de reglamentaciones específicas para regular este tipo de mecanismos de colaboración, en virtud de lo cual se emitió en su momento la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, sustituido por el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS-C/D, y su vez dejado sin efecto y sustituido por el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD, actualmente vigente.

Sobre la base de este primer marco legal, se emitió no hace mucho la Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD, la cual aprobó la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, la cual regula el procedimiento y criterios aplicables a la selección y habilitación de las empresas encargadas de esta función pública¹⁰¹⁰. Ahora, de acuerdo al artículo 5 de esta Directiva, las empresas supervisoras pueden clasificarse en: i) empresas supervisoras acreditadas; y, ii) empresas supervisoras técnicas.

En lo que respecta al primer tipo de estas empresas, podemos ver que la “acreditación” se configura como una premisa necesaria de su accionar. Según el numeral 5.2 literal a) de la Directiva, las empresas

¹⁰⁰⁸ Como en las ITV hay una interacción directa entre el operante y los usuarios bajo mecanismos empresariales de mercado, se justifica la utilización de la autorización luego de la acreditación. Y como en los Terceros Supervisores la prestación se hace al mismo OEFA y no hay enfoque empresarial de mercado con las empresas supervisadas, su justifica la inoperancia de la autorización.

¹⁰⁰⁹ Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. Mediante resolución del Consejo Directivo del OSINERG se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas.

¹⁰¹⁰ Para una apreciación más concreta de este supuesto de colaboración, revisar: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio”. En: *Revista Thémis*. Lima, N° 69, 2016, pp. 123-131.

supervisoras acreditadas son aquellas que cuentan con acreditación como organismo de supervisión Tipo A por parte del organismo nacional de acreditación (que, para estos efectos, puede ser el INACAL), o de un organismo extranjero de acreditación u homólogo a éste, signatario de alguno de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo, como la *International Accreditation Forum* (IAF), la *International Laboratory Accreditation Corporation* (ILAC), o la *InterAmerican Accreditation Cooperation* (IAAC). De este modo, la acreditación pública puede ser legítimamente sustituida por una acreditación internacional, siempre y cuando ésta provenga de alguno de los organismos referidos anteriormente.

Volvemos a resaltar que la acreditación no habilita automáticamente el ejercicio de la función. Este mecanismo es un presupuesto al ejercicio de la actividad, y supone la habilitación *potencial* de las entidades colaboradoras en el sector, pero luego de ello será necesario entrar en un proceso de selección para la contratación de las empresas para la ejecución concreta de la actividad, al igual de lo que sucede en el supuesto de los Terceros Supervisores. La acreditación permite el traslado de la función pública al particular (se reconoce el *auctoritas* del particular en una especialidad determinada), pero resulta necesario que esta habilitación potencial se vea concretada, usualmente, mediante los respectivos contratos con la entidad competente.

Así, de acuerdo al artículo 15 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, las empresas interesadas (y previamente acreditadas) deben registrarse como participantes para las convocatorias correspondientes, de modo tal que ingresen a un proceso de selección para su eventual contratación, de acuerdo a las necesidades de OSINERGMIN. De esta manera, la acreditación representa un elemento indispensable para el traslado de la función pública, pero que deberá complementarse con la formalidad estatal correspondiente, siendo ésta la suscripción del contrato de locación con la entidad requirente de los servicios.

Una vez realizada esta secuencia (acreditación + proceso de selección y suscripción del contrato), la empresa supervisora estará facultada para ejercer la función pública comprometida, y que, de acuerdo al artículo 27 de la Directiva referida, le facultará de manera general para:

- i) Realizar inspecciones con o sin previa notificación;
- ii) Requerir a los agentes supervisados la presentación de documentos;
- iii) Llevar a cabo los actos necesarios para obtener o reproducir los documentos o archivos físicos o magnéticos/electrónicos que contengan algún hecho pertinente al objetivo de la supervisión;
- iv) Tomar muestras, efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar las instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia que conlleve al cumplimiento de la función de supervisión;
- v) Registrar declaraciones de las personas que puedan brindar información relevante sobre el objeto de la supervisión;
- vi) Simular el rol de usuarios, clientes, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la supervisión;
- vii) Imponer las medidas administrativas a las que expresamente la habilite el contrato de supervisión; y,
- viii) Emitir observaciones y recomendaciones.

La acreditación pública (o internacional) seguida del correspondiente contrato, habilitan al particular para realizar todas estas actividades que, en conjunto, configuran la función pública de supervisión-fiscalización del OSINERGMIN. Es importante advertir que aquí el contrato no sería el título de traslado de la función pública, sino el *medio* a través del cual se formaliza y se “activa” la función

pública potencialmente habilitada a raíz de la acreditación. El contrato se perfila como el documento formal destinado a brindar mayor seguridad a la situación jurídica creada a partir de la acreditación, y de regular de manera adecuada las implicancias y elementos que se desprenden de la actividad que se traslada.

Hemos podido apreciar esta situación en el caso de los terceros supervisores de OEFA, los cuales, luego de pasar por el sistema de acreditación, se sujetan a un proceso de selección y contratación regulado en los artículos 29 al 31 de la Resolución OEFA (no sujeto a la LCE¹⁰¹¹). Y de la misma manera, en el supuesto recientemente revisado de las Empresas Supervisoras en el sector eléctrico, las cuales ingresan a un proceso de selección para la correspondiente suscripción del contrato, según lo regulado en los artículos 9 al 26 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras del OSINERGMIN.

Este contrato por sí mismo, tampoco es el instrumento que habilita el traslado de la función pública. Si bien el contrato es el requisito indispensable para que estas empresas realicen las actividades, éstas vienen potencialmente habilitadas desde el momento en que el administrado es calificado por la autoridad administrativa para inscribirse como un tercero supervisor o para registrarse en el proceso de selección convocado por OSINERGMIN.

El contrato entra a tallar, precisamente, para que la Administración elija, por criterios de necesidad, disponibilidad y presupuesto, a las empresas colaboradoras que requiera en un contexto determinado, de modo que su utilidad se enfoca en una especie de “filtro posterior” para hacerse de los servicios de las empresas que necesite en determinado momento y lugar. Es decir, el contrato se presente, en esta actividad, como un vínculo que relaciona y organiza los derechos y deberes entre el OEFA y el tercero supervisor, o entre OSINERGMIN y la empresa supervisora, toda vez que éstas últimas realizan su prestación directa a dicha entidad pública. Distinto es, como vimos, el supuesto de las ITV, en donde también figuran contratos, pero éstos se generan entre el operante y los usuarios con quienes mantiene la prestación directa.

Ahora, ¿cómo debería estructurarse un procedimiento de acreditación pública? De manera general, podemos señalar que un procedimiento de acreditación de aptitudes, cualificaciones, competencias técnico-legales, experiencia y demás criterios personales e institucionales, deberá estar orientado a determinar si, el eventual acreditado, cumple con las siguientes exigencias:

- Conocimiento y comprensión de la normativa sectorial, especial y general de la actividad en cuestión, así como de las posibles directivas, lineamientos, políticas públicas, y en general de todo el marco legal vigente y aplicable a la referida actividad.
- Conocimiento de las exigencias, requisitos legales, niveles de cumplimiento, estándares de calidad, entre otras exigencias que, en virtud del desarrollo de la actividad en cuestión, serían de observancia para los usuarios y/o personas físicas o jurídicas que se relacionando con el acreditado en ocasión de la actividad misma¹⁰¹².
- Grados académicos, estudios y capacitaciones de los titulares de la entidad colaboradora a cargo del ejercicio directo de la actividad en cuestión.

¹⁰¹¹ De acuerdo a los artículos 29 y 30 de la Resolución OEFA, la contratación de los Terceros Supervisores del Registro de Personas naturales y Personas jurídicas no está sujeta a la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁰¹² Por ejemplo, los requisitos que serían exigidos a los conductores que se constituyen como usuarios del servicio de revisiones técnicas vehiculares, o de las empresas que se sujetan a la supervisión y fiscalización de los terceros supervisores de OEFA.

- Experiencia mínima de un número base de años respecto a los mecanismos operativos de la actividad en cuestión, y/o de actividades semejantes o complementarias, en el sector público y/o privado.
- Capacidad financiera mínima y suficiente.
- Personal suficiente y debidamente capacitado, que maneje y conozca los aspectos técnico operativos.
- Conocimiento y comprensión de los problemas y efectos negativos que, en ocasión del ejercicio de la actividad habilitada, podrían generarse a los ciudadanos; y en base a ello, conocimiento de las acciones a tomar para evitar y mitigar dichos eventos o reducir los riesgos.

En definitiva, y sin que el referido detalle de exigencias sea limitativo, dichos criterios pueden configurarse como requisitos generales de toda entidad colaboradora de la Administración. Específicamente en cuanto a las cualificaciones y aptitudes mismas de la entidad colaboradora, toda vez que, a la par, se debe constatar los otros requisitos legales que se exigirían en cualquier procedimiento de autorización.

Finalmente, y a manera de complemento, es de resaltar alguna otra forma de acreditación que la doctrina rescata para atender estos escenarios de EPCA, y que están vinculados a configuraciones híbridas de las dos modalidades señaladas anteriormente. Por un lado, tenemos: a) la “doble acreditación pública y privada”, y por el otro, b) la modalidad de “acreditación y comunicación previa a la Administración”.

A) La doble acreditación pública y privada se exige que la entidad privada colaboradora obtenga dos acreditaciones distintas: una privada expedida por una entidad privada de acreditación (como la que se vio anteriormente); y una segunda pública, expedida por una Administración pública (acreditación pública)¹⁰¹³.

Se trata de dos acreditaciones que, a nuestro parecer, suponen un procedimiento que podría resultar ineficiente en la medida en que los criterios de la acreditación pública difieran -si quiera relativamente- de los criterios de la acreditación privada (y viceversa); no obstante, en caso estén debidamente alineados los criterios, esta doble acreditación podría brindar mayor seguridad y respaldo a la decisión de trasladar el ejercicio de la actividad.

B) De otro lado, la modalidad de acreditación y comunicación previa a la Administración implica una sustitución de la autorización administrativa por una mera comunicación. Primero el administrado obtiene la acreditación privada, y en vez de solicitar la correspondiente autorización administrativa, se limita únicamente a comunicarle el resultado favorable de la acreditación a la autoridad administrativa para ejercer la actividad¹⁰¹⁴. Es decir, una vez obtenida la acreditación, para que la entidad colaboradora pueda comenzar a realizar su actividad, no sería necesario esperar a que la Administración otorgue la correspondiente autorización, sino que bastará con que le dirija una comunicación previa.

La autorización, que se configuraba como el elemento de intervención pública que habilitaba el traslado de la actividad bajo la primera modalidad estudiada (acreditación privada seguida de autorización), es reemplazada por una simple comunicación a la Administración titular de la función

¹⁰¹³ GALÁN GALÁN, Alfredo. Op.Cit., pp. 92.

¹⁰¹⁴ Ídem.

comprometida. Y en la medida en que la intervención pública se reduce únicamente a recibir la comunicación del acreditado (independientemente de los posibles controles posteriores), todo indicaría que la acreditación privada se configura bajo este escenario como el título que traslada el ejercicio de la función pública al privado; fórmula que, en nuestra opinión, no resulta del todo recomendable en atención a la complejidad de la actividad que pueda estar comprometida, la cual siempre requiere de un especial filtro de la Administración.

3.6.3. La contratación pública para la prestación de servicios relacionados a funciones públicas y su adecuación con un sistema complementario de acreditación

Ahora, sobre la base de esta última premisa, cabría preguntarnos también si el contrato, por sí mismo, es un mecanismo que puede ser directamente utilizado para concretar el EPCA. No hablamos del contrato de concesión, sino de un contrato directamente suscrito en virtud de la Ley de Contrataciones del Estado. ¿El EPCA puede manifestarse en un contrato de la LCE?

No pretendemos hacer una descripción detallada del sistema de contratación estatal y su desarrollo teórico, lo cual sin dudas excedería de los fines de la presente investigación. Ni tampoco pretendemos evaluar si el contrato puro y simple constituye un mecanismo teóricamente viable para el traslado de la función pública al particular (lo cual descartamos dentro del plano teórico por el carácter indisponible de este tipo de actividades).

Para este apartado, únicamente nos interesa el ámbito práctico, es decir, el saber si sería conveniente o no que a través de un contrato con el Estado se habilite al administrado para ejercer una función pública. Ya vimos que muchos de los mecanismos anteriormente abarcados, si bien no cumplen con las exigencias teóricas y/o normativas correspondientes para su vinculación con la figura del EPCA, desde una óptica estrictamente práctica pueden cumplir los fines esperados en función a la actividad que concretamente se pretenda trasladar.

Lo mismo podemos plantearnos respecto al contrato. Si bien no es teóricamente idónea la utilización de un contrato para el traslado de funciones públicas, ¿en términos prácticos cabría su eventual utilización? Un ejemplo de esta posible aplicación la hace Baca Oneto, quien señala que, para los casos de servicios penitenciarios en los que el operador privado no asuma riesgos de inversión (si lo hace, se aplicaría una modalidad concesional), bastaría con utilizar un sistema de contratación de servicios.

Recordemos que en los sistemas de contratación estatal el privado contratista no asume un riesgo de inversión por su actividad, toda vez que su contraprestación viene dada por un pago directo de la contraparte estatal. Bajo esta premisa, en aquellos tipos de organización en donde la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública, por ejemplo, un centro penitenciario, podríamos¹⁰¹⁵ estar ante un sistema en el que la remuneración de dicho socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio (los presos no son los que pagan de forma directa), sino de pagos periódicos realizados por el socio público¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ Cabe también la posibilidad de que operadores privados de centros penitenciarios que sí asumen riesgos de inversión en la actividad, toda vez que sus obligaciones pueden estar dirigidas al diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura y no sólo a la prestación del servicio. Aquí el sistema concesional es el aplicable y no la mera contratación de servicios a través de la LCE.

¹⁰¹⁶ BACA ONETO, Víctor. “Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano”. En: *Asociaciones Público-Privadas – Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2013, pp. 40-41.

Sobre esto último, indica Baca que, si se trata de pagos periódicos *fijos* efectuados por el sector público a favor del privado, ¿de qué tipo de riesgo compartido se estaría hablando? En efecto, si no hay riesgo compartido, *en nada se distinguen estos contratos de los tradicionales contratos de servicios o de obra, que también implican colaboración en un sentido más amplio*¹⁰¹⁷. Por tanto, utilizando este ejemplo de los centros penitenciarios, podemos ver que, si el operador privado realiza su actividad asumiendo riesgos de inversión sobre la infraestructura, sería aplicable un mecanismo concesional para tal fin. Pero si dicho operador privado únicamente va a prestar sus servicios a cambio de un pago fijo y periódico por parte de su contraparte estatal, no existiría asunción de riesgo alguno, y por ello, sería aplicable el sistema de contratación de servicios de la LCE.

En este último escenario, tendríamos entonces que, para el ejercicio de una función pública de la Administración (gestión de centros penitenciarios), se estaría utilizando de forma directa el sistema de contratación pública. Y sería, bajo esta línea de razonamiento, el contrato la figura que habilitaría el ejercicio de dichas funciones públicas. No obstante, para este caso vemos como un obstáculo significativo el aspecto relacionado al plazo del contrato, el cual según el artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 350-2015-EF (y modificado por D.S. N° 056-2017-EF), se limita a tres (03) años. Lo cierto es que una actividad de función pública muy probablemente demande un plazo de ejecución más extenso (más aún si se encuentra vinculado a actividades involucradas con infraestructuras públicas como los centros penitenciarios), de modo que el plazo de tres (03) años puede resultar muy corto¹⁰¹⁸.

Sin embargo, lejos de estos obstáculos de naturaleza teórica y temporal, no parecen presentarse mayores obstáculos prácticos y normativos para que, mediante un contrato de prestación de servicios, se termine trasladando el ejercicio de una función pública a los administrados. Por ejemplo, tenemos el caso de los servicios de seguridad privada. La seguridad, como concepto general, puede ser catalogada a nuestro criterio como una auténtica función pública. En general la seguridad (como concepto amplio) es una actividad material, estratégica, técnica, compleja y que se basa en la ejecución de políticas públicas como los planes nacionales de seguridad ciudadana entre otros. Es actividad administrativa en sí.

Al ser seguridad pública, ésta es ejercida por las autoridades administrativas correspondientes. Así, habrá funcionarios con *auctoritas* respecto a esta actividad (como los Oficiales o Comandantes de la Policía Nacional del Perú o el mismo Ministro del Interior), y también habrá personal con *potestas* para aplicar las disposiciones y decisiones de las autoridades, que son los mismos integrantes del cuerpo de policías en sus distintas divisiones y especialidades. En suma, es una actividad ejercida por quienes cuentan con la competencia debida.

¹⁰¹⁷ Ídem.

¹⁰¹⁸ Es por ello que, para contrarrestar este obstáculo legal en la ejecución de grandes proyectos, el marco legal vigente ha diseñado mecanismos como las Asociaciones Público Privadas sin componente de Inversión, reguladas en el Decreto Legislativo N° 1224 y reglamento. Así, existen servicios vinculados o complementarios a la prestación de los servicios públicos u operación de obras públicas de infraestructura, que adquieren una importancia significativa en el desarrollo de éstas y por ello deben realizarse de manera continuada y permanente. Siendo esto así, se genera la necesidad de que dichos servicios vinculados o complementarios cuenten con mecanismos que garanticen su prestación en el largo plazo. Al respecto, los mecanismos de contratación pública tienen la limitación de reducirse únicamente a un plazo de 03 años, de contratación, mientras que la modalidad de APP permite que el servicio se preste durante todo el plazo del contrato del servicio principal (hasta un máximo de 60 años). Siendo los servicios complementarios (vinculados a servicios principales de alto interés público) de significativa importancia para el desarrollo del proyecto, es menester que su prestación se dé en condiciones de continuidad durante el tiempo suficiente. Y por ello, se abre la posibilidad de que estos servicios puedan ser materializados a través de un contrato específico bajo el modelo de Asociación Público Privada sin componente de inversión (art. 30 del DL 1224), modelo que, en efecto, permite la flexibilidad en el prolongamiento del plazo del contrato.

No es necesario recalcar el evidente interés público que subyace a esta actividad, así que terminamos de constatar la presencia de los elementos característicos de la función pública afirmando que la seguridad pública es una actividad que despliega potestades y ejercicio de autoridad por excelencia; y, por tanto, es una auténtica función pública. La seguridad, no obstante, es una actividad de régimen muy especial¹⁰¹⁹. Por un lado, y como vimos en el capítulo anterior, tenemos la seguridad pública, auténtica función pública por donde quiera que se le vea, ejercicio directo del *ius imperium* y actividad de policía de la Administración. Ejercida directamente por las entidades públicas correspondientes, y por ello, función pública desde el origen.

De otro lado, está la seguridad privada, que constituyen servicios brindados por personas naturales o personas jurídicas de origen y régimen privado. Esta actividad tiene las características de ser una actividad de origen privado, pese a que la seguridad en sí resulte un mandato y obligación general del Estado; sobre la cual sus ejercientes se autorregulan y la Administración se limita a regular dicha autorregulación (en la línea teórica del capítulo primero).

No obstante, la seguridad privada, pese a que es brindada por personas naturales¹⁰²⁰ y/o personas jurídicas, por su naturaleza e implicancia en la vida de los ciudadanos, no deja de tener características propias de una función pública¹⁰²¹. Tanto así que quienes realizan la actividad de seguridad privada se encuentran sometidos a exigentes reglamentaciones públicas y a un deber de colaboración estricto con las autoridades del sector, de acuerdo al artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1213 (en adelante, “DL 1213”)¹⁰²². En resumen, la seguridad privada es una función pública cuyo origen parte de la misma iniciativa privada, organizada por sus ejercientes y regulada por la Administración a través de reglamentaciones y políticas públicas. Y por tratarse de una actividad privada, es susceptible de ser contratada por los mismos privados, o también por la Administración.

El Estado puede hacerse de la contratación de los servicios de seguridad privada de empresas especializadas y debidamente autorizadas para la vigilancia de las distintas entidades u oficinas públicas, contratación que se regirá por lo dispuesto en el DL 1213 y la Ley de Contrataciones del Estado (contratación de servicios). Retomando el ejemplo de los centros penitenciarios, bajo un sistema de contratación pública de servicios (LCE), la Administración podría contratar los servicios de seguridad de una empresa privada (actividad con naturaleza de función pública), para que opere en una prisión, lo cual constituye también el ejercicio de otra función pública de la Administración (tarea del INPE)¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ Sobre la naturaleza jurídica de las actividades de seguridad pública y seguridad privada, y la relación existente entre ambos componentes, revisar: IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “La seguridad privada a debate: Algunas cuestiones jurídicas esenciales”. En: *Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, 2005, pp. 01; y, AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki. “Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada: ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?” En: *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Cataluña, N° 17, 2006, pp. 62.

¹⁰²⁰ Claro ejemplo de los supuestos de Ejercicio Privado de Funciones Públicas (EPFP), estudiado en el capítulo anterior.

¹⁰²¹ De acuerdo al artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1213, que regula los servicios de seguridad privada, éstos constituyen actividades o medidas preventivas que tienen por finalidad cautelar y proteger la vida e integridad físicas de las personas, así como el patrimonio de personas naturales o jurídicas, lo cual refuerza el carácter de función pública de dicha actividad.

¹⁰²² Que regula los Servicios de Seguridad Privada en el Perú.

¹⁰²³ Cabe precisar que, en concordancia con lo señalado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1229, sólo se podría contratar el servicio de seguridad exterior y de control de ingresos, manteniéndose la seguridad interior como responsabilidad de ejecución directa por parte del INPE.

Ahora, si bien la LCE no tiene como exclusión expresa de su ámbito de aplicación las prestaciones que involucren “el ejercicio de funciones públicas”, al tratarse de actividades sobre las cuales recae una importante facultad decisoria y/o potestativa de la Administración, debería tutelarse dicho ejercicio mediante una constatación y verificación previa de las aptitudes y credenciales del ejerciente privado, precisamente, mediante un sistema de acreditación pública. La acreditación pública puede posicionarse como una etapa previa a la contratación, vía LCE, de los servicios de determinadas empresas que pretendan ejercer actividades con contenido de funciones públicas. Así, por ejemplo, la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC) es competente, según el artículo 5 del DL 1213, para supervisar, controlar y fiscalizar a las empresas que prestan los servicios de seguridad privada.

Al respecto, dicha labor podría complementarse *ex ante* con un sistema de acreditación que la misma SUCAMEC implemente para la prestación del servicio de seguridad privada en determinados sectores complejos, como la seguridad penitenciaria, por ejemplo. Y luego de ello, todas estas empresas acreditadas ingresarían a un registro, para con ello iniciar el debido proceso de selección para la contratación de las empresas correspondientes.

En este sentido, es posible que la Administración contrate directamente los servicios de una empresa privada para el ejercicio de una función pública, toda vez que, si bien esta operación no es correcta en términos teóricos, la LCE no ha dispuesto exclusión alguna para estos supuestos, y desde una óptica práctica, incluso pueden resultar útiles en ciertos contextos. Lo ideal, desde nuestro punto de vista, es que, si se va optar por utilizar el sistema de contratación pública de servicios, éste venga reforzado por un sistema de acreditación pública *ex ante*, de modo que la actividad comprometida pueda tener un filtro previo que tutele, quizá de mejor forma, la idoneidad de la entidad privada colaboradora que realizará la actividad.

3.7. Recomendaciones finales

Como podemos ver, nuestro ordenamiento adolece de instrumentos específicos debidamente regulados para su aplicación a la figura que nos concierne. El EPCA es una figura que, pese a los extensos desarrollos académicos que hagamos en su entorno, carece de regulación normativa genérica y específica que permita dar con una respuesta concisa y directa sobre la correcta manera de trasladar el poder público a los administrados. Hoy por hoy podemos afirmar que, muy a pesar de los intentos de demostrar la viabilidad jurídica de algunos mecanismos legales para abarcar estos escenarios, el EPCA no posee un título jurídico debidamente definido. Mas ello no quiere decir que el legislador no pueda, en el futuro, crear o diseñar instrumentos específicos para esta figura.

No obstante, todos los mecanismos estudiados en el presente capítulo nos dan ciertas luces respecto a lo que podría plantearse como una posible “solución” a esta incertidumbre: y es que, a falta de un mecanismo diseñado teórica y normativamente para viabilizar el traslado del ejercicio de las funciones públicas a manos de entidades privadas colaboradoras, nuestro marco legal debe ser lo suficientemente flexible como para valerse de los distintos instrumentos que se encuentran recogidos por el ordenamiento en función a cada actividad y contexto específico. Y es que muy independientemente de los obstáculos teóricos y legales que encontremos, las Administraciones han venido trasladando sus funciones públicas y administrativas a través de distintos títulos jurídicos, demostrándose con ello que la práctica jurídica ha superado con creces el desarrollo dogmático en cuanto a estas figuras.

Tenemos, por ejemplo, que las autorizaciones han sido constantemente utilizadas para los casos de habilitación de empresas dedicadas a inspección en sectores industriales, como es el caso de la ITV, en donde, al estar ante funciones públicas expresadas en *medios* notablemente económicos y comerciales, resulta mucho más útil sujetar la actividad a un sistema de autorizaciones. Así también, la concesión administrativa es un instrumento que ha servido para que ciertas funciones públicas que involucran y comprometen la utilización de determinadas infraestructuras públicas puedan ser ejercidas por operadores privados. Es el caso de la concesión de centros penitenciarios que revisamos en anteriores secciones, y que, sin duda, sirve como un medio para reducir el número de ejercientes de la actividad y a su vez brindar seguridad jurídica a las partes.

Respecto a los mecanismos organizacionales, no podemos afirmar la existencia de ejemplos prácticos que confirmen su aplicación para el traslado de funciones públicas a personas jurídicas privadas. La delegación, como se vio, no es un mecanismo que permita ser aplicado subjetivamente sobre los particulares, y el encargo de gestión, si bien permite abarcar como parte pasiva a los sujetos privados, no tiene como objeto un efectivo traslado de funciones públicas, sino únicamente de funciones administrativas simples.

De otro lado, hemos podido analizar y desarrollar un poco algunos mecanismos que, en principio, podrían ajustarse en un punto armónico respecto a este tipo de operaciones. Sobre la base de ello, analizamos la figura de la acreditación, la cual en nuestra opinión se configura como una alternativa interesante y eficaz para viabilizar el traslado de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras.

En específico, los sistemas de acreditación pública se posicionan como una alternativa que (sin llegar a ser perfecta) genera efectos similares a la concesión, toda vez que verifica cualidades específicas en función a la necesidad misma de la Administración y limita de forma indirecta el número de operantes de la actividad a través de la constatación de las exigencias técnicas y la suscripción del correspondiente contrato con el ente público. Este mecanismo, de contar con una mejor regulación normativa aplicable a casos generales, o siquiera específicos de acuerdo a distintos sectores y materias (como la ambiental, industrial, energética, sanitaria, entre otras), podría expandir su uso para convertirse en un idóneo mecanismo de traslado del ejercicio de funciones públicas a determinadas entidades colaboradoras.

Finalmente, examinamos también la posibilidad de que estas operaciones sean directamente ejecutadas a través del sistema de contratación estatal, toda vez que, si bien el contrato no es un instrumento que, teóricamente y por sí mismo, disponga el ejercicio de una función pública, la práctica legal muchas veces termina habilitando dicha posibilidad.

¿A qué conclusión llegamos?

Las funciones públicas pueden ser ejercidas por los particulares. De ello hemos dado cuenta en el primer y segundo capítulo de esta investigación. Pero las funciones públicas, de alguna forma, si van a ser ejercidas por sujetos privados deben de seguir un proceso de traslación sometido a nuestro marco legal. La administración permite que un privado realice una o varias de sus funciones, y esto se realiza necesariamente a través de un instrumento legal como cualquier otra relación entre Estado y administrados.

El hecho de que no se haya diseñado un mecanismo específico no quiere decir que las Administraciones no hayan dejado de concretar este tipo de operaciones. Las entidades privadas

colaboradoras existen, y continuamente ejercen funciones públicas de diferentes tipos como la de fiscalización ambiental, inspección técnica, y muy pronto de actividad penitenciaria, de modo que el obstáculo ha sido principalmente teórico y no tanto práctico.

La práctica nos direcciona por una línea, y la teoría nos direcciona por otra. Ciertamente es que podemos continuar así, fomentando la participación privada en la actuación de funciones cada vez más polémicas de la Administración, pero necesarias de ejecución, sin contar con marcos teóricos y normativos debidamente diseñados para tal fin. No obstante, nosotros apuntamos a conseguir un escenario si quiera medianamente ideal, en el que el marco teórico sirva como respaldo para un mejor fomento de estas actuaciones. La solución, entonces, puede estar dirigida desde dos flancos concretos:

Por un lado, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia pueden trabajar en conjunto para la creación de un específico mecanismo aplicable al traslado de funciones públicas a entidades privadas colaboradoras. Sería lo óptimo contar con un mecanismo específico y diseñado a la medida exacta de la figura genérica del EPCA. Sin embargo, no vemos que esto pueda suceder en el corto ni en el mediano plazo. Figuras específicas para este tipo de operaciones, a lo mucho, se pueden apreciar en experiencia alemana de los *Beliebene*. Ni los ordenamientos jurídicos de la región, ni tampoco el mismo ordenamiento español del cual tanto se ha inspirado el peruano, tienen desarrollados mecanismos específicos para esto, de modo que es muy improbable que el marco legal peruano innove y tome la iniciativa regional sobre este asunto.

La otra posible solución es que, a falta de un mecanismo específico (o ante la incertidumbre de si éste podrá ser diseñado en el futuro), el ordenamiento debe manejarse bajo ciertos criterios de flexibilidad para disponer del uso de los instrumentos que se encuentren a su alcance y que estén lo suficientemente vinculados con la figura misma del EPCA.

A continuación, proponemos los siguientes criterios a aplicar:

- Los mecanismos organizacionales no son aplicables ni teórica ni normativamente para este tipo de operaciones. La delegación y el encargo de gestión (mecanismos organizacionales más resaltantes y vinculados -si quiera remotamente- a la figura del EPCA), no encajan en la estructura del traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de las entidades privadas colaboradoras. Impedimentos teóricos y sobre todo prácticos y normativos son los que nos conducen a descartar la utilización de estos mecanismos, y no los proponemos como instrumentos susceptibles de ser utilizados siquiera accesoriamente a otros mecanismos principales.
- De preferencia, debe reforzarse el uso de los sistemas de acreditación pública seguida de una autorización y/o contrato público (sujeto a la LCE, locación de servicios, u otros, en caso la ley lo disponga así¹⁰²⁴). La aplicación de los sistemas de acreditación pública pueden ser una alternativa útil y práctica (si bien necesaria de mayor regulación) para viabilizar y efectivizar el ejercicio de funciones públicas por parte de entidades privadas colaboradoras en los sectores ambiental, energético, sanitario e industrial (sin que ello la configure como un mecanismo que, por sí solo, traslade funciones públicas). Apostamos, entonces, por un uso más común y expandido de la acreditación pública como un mecanismo preliminar aplicable

¹⁰²⁴ Como es el caso de los Terceros Supervisores de OEFA, los cuales, de acuerdo al artículo 30 de la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD, no están regidos por la LCE ni su reglamento.

para la habilitación de entidades privadas colaboradoras de la Administración (de la mano de los correspondientes contratos públicos o autorizaciones *ex post* aplicables caso por caso).

- Si no se opta por potenciar un sistema de acreditación pública suficientemente regulado (lo que sería un esquema de Acreditación + Autorización, o de Acreditación + Contratos), las Administraciones pueden igualmente seguir valiéndose del sistema de autorizaciones administrativas de manera aislada para las actividades funcionales que se manifiesten a través de *medios* abiertamente económicos y empresariales.
- El sistema concesional debe aplicarse únicamente en los casos en que el ejercicio de una función pública por parte de la entidad privada colaboradora implique la utilización, operación y/o explotación de una infraestructura pública. Si la función pública que se pretende realizar involucra infraestructura pública, es muy probable que la labor del ejerciente privado involucre también el desembolso y proyección de inversiones relacionadas al diseño, construcción, operación y mantenimiento de aquella, de modo que en estos casos el mecanismo de CPP estaría comprendido dentro de un esquema normativo de PIP. Y siendo esto así, es claro que el marco legal a aplicar es el propio de la concesión administrativa y normas relacionadas a la PIP, como el DL 1224, su reglamento, y demás normas sectoriales.
- Para algunos supuestos podría ser aplicable la utilización aislada del sistema de contratación estatal, pese a sus evidentes falencias teóricas. A nuestro parecer, lo ideal sería que previo a este contrato, se aplique el mecanismo de acreditación pública correspondiente, de modo que el contrato únicamente se perfile como un medio para seleccionar qué entidad ya acreditada será la que preste sus servicios en determinado lugar y momento (filtro del número de ejercientes), y de regular las obligaciones y derechos que se desprenden la actividad misma, como medio de transparencia y seguridad jurídica.

Son estas nuestras conclusiones sobre la presente sección. El EPCA, como figura del derecho administrativo, y como realidad dinámica, compleja y necesaria de las sociedades, no tiene un mecanismo diseñado específicamente para su concreción en el plano práctico. El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras no ha sido debidamente regulado por nuestro ordenamiento jurídico, y muestra de ello es la insuficiencia de contenido normativo que gire en torno a este tipo de formas de colaboración. Ello, no obstante, no constituye impedimento alguno para que las Administraciones sigan impulsando este tipo de formas de colaboración, cada vez más presentes y necesarias. Determinados instrumentos, normativos contemplados en diferentes normas generales y sectoriales del marco legal peruano, pueden, sin bien con algunas falencias teóricas, adecuarse a esta dinámica de comportamiento de las Administraciones.

El reparto de funciones entre Estado y sociedad civil debe configurarse, entonces, como un objetivo de la Administración Pública peruana, precisamente por los beneficios que trae consigo la implementación de estas formas de colaboración en el desarrollo de la sociedad. Por lo mismo, debe ser un aspecto continuamente regulado y desarrollado en el plano legal y académico. Siendo esto así, la presente investigación espera abrir el debate para la entrada de nuevas opiniones que respalden, o eventualmente discrepen, sobre los argumentos vertidos a lo largo de este trabajo. Nada sería más fructífero, para los objetivos de nuestra tesis, que servir como una base medianamente útil para el impulso de un estudio más exhaustivo de estas formas de colaboración.

CONCLUSIONES

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

- I. El “*Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*” (EPCA) es, ante todo, una figura del Derecho administrativo, reconocida principalmente por la doctrina española a partir de las primeras formulaciones de los ordenamientos jurídicos alemanes e italianos, que pretende englobar una serie de supuestos en los que la Administración traslada a los particulares la facultad de realizar ciertas funciones públicas para obtener con ello un mejor resultado a que si dicha actividad hubiera sido realizada directamente por aquella.
- II. La técnica, la eficacia y el riesgo impulsan la existencia de una serie de formas de participación de los privados con la Administración, las cuales se fundamentan, principalmente, en la necesidad de los Estados de garantizar la correcta realización de las actividades complejas, y de contar con políticas públicas e instrumentos normativos idóneos que sean coherentes con el avance de la ciencia y tecnología. De acuerdo a estos fundamentos, se explica el razonamiento por medio del cual un privado estaría legitimado para participar en el ejercicio de determinadas actividades de la Administración, que, más allá de los clásicos supuestos de prestación privada de servicios públicos, se enfocan en las mismas actividades funcionales de la Administración Pública.
- III. Las funciones administrativas, desde un criterio *mixto*, y desde una óptica general, son actividades jurídico-decisorias, materiales y prácticas, conformantes de las funciones estatales, que es ejercida por la Administración Pública para atender intereses públicos y también intereses exclusivos de la Administración. Se trata de una actividad que busca armonizar, bajo actuaciones materiales, y jurídicas, la actividad de los administrados para la atención de los intereses colectivos, pero que puede también circunscribirse a la sola procura de fines y requerimientos del Estado.
- IV. Sostenemos que las funciones públicas (objeto mismo del EPCA) son una *especie* del *género* de funciones administrativas, que aparecen cuando estas últimas presentan determinadas características y elementos: i) Una actuación administrativa *principal* (y no complementaria); ii) La debida competencia asignada por el ordenamiento jurídico; iii) La atención directa de un interés público concreto, contextualizado e identificado; y, iv) El uso de concretas potestades públicas o autoridad. Las funciones públicas son distintas a la institución del servicio público y a las actividades económicas en general. No obstante, las funciones públicas pueden, eventualmente, estar sumamente vinculadas a determinadas actividades comerciales, sin que ello suponga una confusión de conceptos. Una cosa son las funciones públicas en sí mismas, y otra muy diferente son los *medios* a través de los cuales dichas funciones se pueden expresar, los cuales pueden ser auténticas actividades comerciales y económicas (como el caso de las ITV).
- V. Proponemos definir el EPCA como “una técnica administrativa destinada a atender los supuestos en los cuales la gestión estatal de determinadas funciones públicas no logra los resultados esperados por la ausencia de elementos, conocimientos o capacidades del organismo público que está llamado a realizarlas. Se trata entonces de una técnica administrativa que se manifiesta como una forma de “colaboración público-privada” (desde

un enfoque amplio) en la que se produce un traslado de auténticas funciones públicas a la esfera de ejercicio de personas jurídicas privadas, con mayor capacidad o especialización sobre la materia correspondiente, para que las realicen bajo estrictos estándares de calidad y eficacia, a cambio de un beneficio económico derivado de la ejecución de la función pública trasladada”.

- VI. Se ha señalado que el EPCA contiene ciertos rasgos característicos que lo delimitan, los cuales serían los siguientes: i) Son siempre entidades, personas jurídicas; ii) Son entidades de origen y régimen privado; iii) Estas entidades tienen fines de lucro; iv) Tienen una alta especialización en una materia en concreto; v) Son imparciales; vi) Realicen auténticas funciones públicas; y, vi) Colaboran solo en el ejercicio de la función trasladada.
- VII. El EPCA es una figura que carece de una regulación normativa genérica y específica que permita dar con una respuesta concisa y directa sobre la correcta manera de trasladar el poder público a los administrados. Hoy por hoy podemos afirmar que, muy a pesar de los intentos de demostrar la viabilidad jurídica de algunos mecanismos legales para abarcar estos escenarios, el EPCA no posee un título jurídico debidamente definido. Mas ello no quiere decir que el legislador no pueda, en el futuro, crear o diseñar instrumentos específicos para esta figura.
- VIII. A falta de un mecanismo diseñado teórica y normativamente para viabilizar el traslado del ejercicio de las funciones públicas a manos de entidades privadas colaboradoras, nuestro marco legal debe ser lo suficientemente flexible como para valerse de los distintos instrumentos que se encuentran recogidos por el ordenamiento en función a cada actividad y contexto específico. En este sentido, muy independientemente de los obstáculos teóricos y legales que encontremos, las Administraciones han venido trasladando sus funciones públicas y administrativas a través de distintos títulos jurídicos, demostrándose con ello que la práctica jurídica ha superado con creces el desarrollo dogmático en cuanto a estas figuras.
- IX. En la medida en que no existen derechos preexistentes sobre las funciones públicas de la Administración, y en general, sobre la actividad funcional del Estado, la autorización, como técnica de traslado de funciones a los particulares, debería ser en principio descartada. No obstante, desde un plano económico y práctico la autorización puede resultar un instrumento útil para ciertos supuestos de ejercicio de funciones públicas por privados. Y resulta útil, precisamente, cuando la función pública materia de traslado va tomando características de una actividad económicamente competitiva al materializarse en el plano práctico. En consecuencia, las autorizaciones son constantemente utilizadas para los casos de habilitación de empresas dedicadas a inspección en sectores industriales, como es el caso de la ITV (Ley N° 29237), en donde resulta mucho más útil sujetar la actividad a un sistema de autorizaciones al estar ante funciones públicas expresadas en *medios* notablemente económicos y comerciales.
- X. La concesión administrativa únicamente se vincula a actividades de naturaleza económica excepcionalmente excluidas de la libre iniciativa privada. Este mecanismo crea derechos únicamente en actividades que son susceptibles de crear derechos en los ciudadanos, como lo es precisamente la actividad económica. No obstante, la concesión, pese a las falencias teóricas presentes en su relación con el EPCA, es un mecanismo de mucha utilidad cuando la función pública que se traslada implica la construcción y/u operación de una infraestructura pública. Por ejemplo, en la medida en que la infraestructura penitenciaria

(*medio* a través del cual se expresa la función pública del régimen penitenciario) representa un supuesto con elementos muy ligados a los de un monopolio natural multiproducto (sin llegar a serlo), y con ello, una eventual falla de mercado por la existencia de subaditividad de costos. La concesión se configuraría, entonces, como un medio de suma utilidad para restringir el número de ejercientes y para brindar mayor seguridad jurídica mediante la regulación de todos los ámbitos económicos y legales en el respectivo contrato. Por ende, el sistema concesional debe aplicarse únicamente en los casos en que el ejercicio de una función pública por parte de la entidad privada colaboradora implique la utilización, operación y/o explotación de una infraestructura pública.

- XI. La delegación administrativa no es un mecanismo aplicable a los supuestos del EPCA, toda vez que aspectos de índole normativo, práctico, teórico y hasta comparativos terminan descartando su aplicación a los casos de colaboración de privados en el ejercicio de funciones públicas. Sobre la posible aplicación del artículo 76 del TUO de la LPAG en los privados, bajo una interpretación sistemática con el art. I.8, consideramos que la verdadera intención del ordenamiento peruano fue únicamente la de extender la aplicación de algunas disposiciones de dicha Ley a este tipo de personas jurídicas, y no la de darles calidad de entes de la Administración. Asimismo, la delegación dista mucho de ser un adecuado mecanismo de CPP, y por lo mismo, se trataría de un instrumento desajustado a la mecánica del EPCA. Al ser la delegación un instrumento que, más allá del artículo 76 del TUO de la LPAG y otras referencias en normas sectoriales, no tiene mayor regulación procedimental ni de contenido, difícilmente un empresario privado percibiría la suficiente seguridad jurídica, dinamismo, permeabilidad y flexibilidad negocial como para sentirse atraído de participar en colaboración con el Estado.
- XII. El contenido del encargo de gestión será siempre de naturaleza material (técnica o de servicios), es decir, de tipo *burocrática e instrumental*. No se trata de auténticas funciones públicas de *poder*, sino únicamente de funciones instrumentales, complementarias, accesorias a actividades principales de la Administración, de modo que quedaría descartado su uso para la figura del EPCA. A su vez, el objeto del encargo de gestión está directamente ligado al principio de colaboración para la mejor realización de las tareas de la Administración. Por ende, lo que motiva a las entidades de la Administración a vincularse en virtud de un encargo de gestión no es la posibilidad de regular una situación patrimonial, o la de un beneficio exógeno por la prestación de una actividad, sino únicamente el deber de colaboración que determina su actuar de acuerdo al art. 85 del TUO de la LPAG, lo cual desvirtúa el postulado de una naturaleza contractual de este instrumento. El encargo de gestión tendría únicamente naturaleza organizacional y no contractual. Y al plasmarse en un convenio, dicho mecanismo estaría al margen de la aplicación de las disposiciones de contratación estatal en virtud del literal c) del art. 5 de la LCE. Por ello, el encargo de gestión, ante su posible aplicación a los particulares, deberá realizarse bajo una cuidadosa tutela de las reglas de la libre competencia y concurrencia de posibles encomendados, de modo tal que este instrumento no pierda su directriz organizacional para abocarse enteramente a una mera modalidad contractual.
- XIII. El sistema de acreditación se configura como una alternativa interesante y eficaz para viabilizar, a manera de complemento, el traslado de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras, sistema el cual viene siendo utilizado de manera regular por algunos ordenamientos. Este mecanismo, implica una actuación tendente a certificar, mediante la expedición de una resolución expresa, que un sujeto (que sería, en este caso, la entidad privada colaboradora) cumple con determinados requisitos para ejercer una actividad en

específico. La acreditación implica el reconocimiento de la Administración de que cierto sujeto o persona jurídica cuenta con la calidad y las aptitudes (*auctoritas*) suficientes para realizar una actividad sobre la cual no cuenta con un derecho preexistente. No se limita a verificar la existencia de ciertos requisitos o exigencias del ordenamiento, sino que da conformidad de que cierto sujeto o entidad posee aptitudes superiores o especializadas en determinados sectores, y por lo mismo, obtiene las credenciales suficientes del Estado para ejercer una específica actividad compleja. Por ello, este mecanismo puede aplicarse complementariamente a otros como los contratos o las mismas autorizaciones (caso de las ITV), haciendo un trabajo casi completo en la mecánica del traslado de las funciones, sin llegar a ser un título que por sí solo traslade completamente aquellas.

XIV. La acreditación puede configurarse como un mecanismo complementario para viabilizar el efectivo y correcto traslado de funciones públicas a la esfera de ejercicio de los particulares (claro está, sin que por sí sólo sea un título que traslade dichas funciones). El ordenamiento jurídico peruano podría, entonces, apostar de manera progresiva por fomentar la utilización de este tipo de sistemas para regular los eventuales escenarios de las entidades privadas colaboradoras de la Administración. En este sentido, un procedimiento de acreditación de aptitudes, cualificaciones, competencias técnico-legales, experiencia y demás criterios personales e institucionales, deberá estar orientado a determinar si, el eventual acreditado, cumple al menos con las siguientes exigencias:

- i) Conocimiento y comprensión de la normativa sectorial, especial y general de la actividad en cuestión, así como de las posibles directivas, lineamientos, políticas públicas, y en general de todo el marco legal vigente y aplicable a la referida actividad.
- ii) Conocimiento de las exigencias, requisitos legales, niveles de cumplimiento, estándares de calidad, entre otras exigencias que, en virtud del desarrollo de la actividad en cuestión, serían de observancia para los usuarios y/o personas físicas o jurídicas que se relacionando con el acreditado en ocasión de la actividad misma.
- iii) Grados académicos, estudios y capacitaciones de los titulares de la entidad colaboradora a cargo del ejercicio directo de la actividad en cuestión.
- iv) Experiencia mínima de un número base de años respecto a los mecanismos operativos de la actividad en cuestión, y/o de actividades semejantes o complementarias, en el sector público y/o privado.
- v) Capacidad financiera mínima y suficiente.
- vi) Personal suficiente y debidamente capacitado, que maneje y conozca los aspectos técnico operativos.
- vii) Conocimiento y comprensión de los problemas y efectos negativos que, en ocasión del ejercicio de la actividad habilitada, podrían generarse a los ciudadanos; y en base a ello, conocimiento de las acciones a tomar para evitar y mitigar dichos eventos o reducir los riesgos.

XV. Si bien el contrato, por sí mismo, no es un instrumento que, teóricamente, disponga el ejercicio de una función pública, la práctica legal muchas veces termina habilitando dicha posibilidad. Lo ideal, desde nuestro punto de vista, es que, si se va optar por utilizar el sistema de contratación pública de servicios, éste venga reforzado por un sistema de acreditación pública *ex ante*, de modo que la actividad comprometida pueda tener un filtro previo que tutele, quizá de mejor forma, la idoneidad de la entidad privada colaboradora que realizará la actividad. Siendo esto así, el contrato únicamente se perfilaría como un mecanismo para seleccionar qué entidad, ya acreditada, será la que preste sus servicios en determinado lugar

y momento (filtro del número de ejercientes), y de regular las obligaciones y derechos que se desprenden la actividad misma, como medio de transparencia y seguridad jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

ABRUÑA PUYOL, Antonio

2007 “¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?” *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, pp. 131-141.

2010 *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*. Lima: Palestra Editores.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki

2006 “Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada: ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?” *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Cataluña, N° 17, pp. 61-81.

ALBI CHOLBI, Fernando

1960 *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Editorial Aguilar.

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 Autonómica - REALA*. Madrid, N° 302, pp. 91-136.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro

1991 “Algunas consideraciones acerca de la concesión de obra pública”. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, N° 6, pp. 01-05.

ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino

1930 “La Concesión y el Contrato de Derecho Público”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, N° 156, Vol. 79, pp. 423-442.

1958 *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona: Casa Editorial BOSCH.

ÁLVAREZ PUGA, Eduardo y César SENTÍAS BALLESTER

1964 *Suma práctica de las concesiones administrativas. Prólogo de J. M. Pi Suñer*. Barcelona: Editorial Anfora.

ANDRÉS AUCEJO, Eva

2014 *La colaboración social en el procedimiento de recaudación tributaria italiana: el ejercicio privado de las funciones públicas de recaudación tributaria en Italia*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

- ARAGONE RIVOIR, Ignacio
2006 “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: Modelos, pautas de utilización y desafíos”. *REDETI: Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Madrid, Año 9, N° 25, pp. 87-141.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar
1993 *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.
2004 *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Editorial Comares.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis
2004 *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁVILA HERRERA, José
2005 “Algunas reflexiones sobre privatización de cárceles. Revisando algunas experiencias y promoviendo su debate”. *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*. Lima, N° 6, pp. 71-90.
- ÁVILA ORIVE, José Luis
2002 *Los Convenios de Colaboración excluidos de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- BACA ONETO, Víctor
2013 “Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano”. *Asociaciones Público-Privadas - Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2013, N° 13, pp. 33-49.
2014 “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 48, pp. 270-297.
- BACACORZO, Gustavo
2002 *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE
2012 *Understanding regulation*. Segunda edición. New York: Oxford University Press.

BALLESTEROS MOYA, Vanessa

- 2013 “Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI*. N° 25, pp. 01-43.
<http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/empresas-militares-seguridad-privadas-como-entidades-ejercen-prerrogativas-publicas-efectos-responsabilidad-internacional-estado>

BARCELONA LLOP, Javier

- 1995 *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.

BASSOLS COMA, Martín

- 1963 “La delegación de competencias en la Ley especial para el Municipio de Madrid”. *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 70, pp. 82-89.

BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo

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

BECK, Ulrich.

- 1998 *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

BERCAITZ, Miguel Ángel

- 1980 *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

BERMEJO VERA, José

- 2002 “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Aragón, N° 20, pp. 299-320.

2009 *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Séptima edición. Navarra: Editorial Aranzadi.

2013 *Derecho Administrativo Básico. Parte General*. Décimo primero edición. Navarra: Civitas - Thomson Reuters.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés

- 2010 *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

- BIANCHI, Alberto
1988 *Anotaciones sobre los conceptos de Administración pública y Función administrativa*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- BIELSA, Rafael
1965 *Derecho Administrativo*. Sexta edición. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley.
- BLACK, Julia.
1996 “Constitutionalising Self-regulation”. *The Modern Law Review*. Cambridge, Vol. 59, pp. 24-55.
- BLANQUER CRIADO, David
2012 *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl
2005 *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Iustel.
- BODIN, Jean.
1973 *Los seis libros de la República*. Madrid: Editorial Aguilar.
- BOQUERA OLIVER, José María
1963 “Criterio Conceptual del Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 42, pp. 121-154.
- 1970 *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública.
- 1982 *Estudios sobre el acto administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- BREWER-CARIÁS, Allan
2005 *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BUSQUETS LÓPEZ, Miguel Ángel y Javier CASTRO RAIMÓNDEZ
2010 “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*. Andalucía, N° 51, pp. 65-86.
- CÁCERES FREYRE, Fernando

2001 “La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: el caso del COES en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje?” *Themis*. Lima, Época 2, N° 42, pp. 351-369.

CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto

2012 “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.

CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y Guelly SOLAR ÁLVAREZ

2010 *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones: FTTEL*. Arequipa: Editorial Adrus.

CANALS I AMETLLER, Dolors

1999 “La Jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”. *Revista del Poder Judicial*, N° 56, pp. 459-482.

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

2010 “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. En: Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero (coord.). *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Barcelona: Editorial Huygens, pp. 63-104.

2012 “Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de intervención administrativa”. En: Joaquín Tornos Mas (coord.). *Comentarios a la Ley 26/100, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*. Madrid: Iustel, pp. 593-622.

CANDA, Fabián Omar

2003 “Régimen jurídico de la actividad de policía”. *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: Ediciones RAP.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa

2010 “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”. *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 286-287, pp. 297-334.

CARBONELL PORRAS, Eloísa.

2016 “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). *Derecho*

Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización. Segunda edición.
Madrid: Tecnos, 2016, pp. 267-309.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio.

2016 “Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental”.
Revista de Fomento Social. Córdoba, N° 281, pp. 247-259.

CASSAGNE, Juan Carlos

1994 *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

2009 *El Contrato Administrativo*. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2010 *Derecho Administrativo*. Tomo I y II. Lima: Palestra Editores.

CAZALLO ANTÚNEZ, Ana María

2013 “La participación público-privada como estrategia de gestión sostenible en los servicios públicos de transporte de viajeros”. En: Camacho Ballesta, J.A. y Jiménez Olivencia, Y. (eds.). *Desarrollo Regional Sostenible en tiempos de crisis*. Vol. 2, cap. 23. Granada: Universidad de Granada, pp. 423-440.

CERVANTES ANAYA, Dante

2009 *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas.

COGLIANESE, Cary y Evan MENDELSON

2012 *Meta-regulation and Self-regulation. The Oxford Handbook of Regulation*. Hampshire: Oxford University Press.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

2004 *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*. Bruselas: COM (2004) 327 Final.

CONCHA JARABA, Manuel

2007 “La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras”. *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*. Sevilla, N° Extra 0, pp. 49-68.

DAMMERT LIRA, Alfredo, Raúl GARCÍA y Fiorella MOLINELLI

2010 *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- DAMMERT LIRA, Alfredo, Fiorella MOLINELLI y Max CARBAJAL
2013 *Teoría de la regulación económica*. Lima: Fondo Editorial de la USMP.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge
2005 *El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. Segunda edición. Lima: ARA Editores.
- 2006 “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 1, N° 1, pp. 121-164.
- 2008 “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. *Themis*. Lima, Época 2, N° 55, pp. 255-264.
- 2013 “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 46, pp. 258-269.
- 2015 “La Regulación Económica”. En: Jaime Rodríguez Arana, Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.), y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coord.). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, pp. 559-571.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè
2005 *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- 2010 “La colaboración de entidades privadas en Alemania: las ‘Beliehene’ o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración”. *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*. Galán G., Alfredo y Prieto R., Cayetano (coords.) Madrid: Editorial Huygens.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan
2002 *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos – IEE.
- DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis
1959 “La delegación de competencia”. *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 24, pp. 17-26.
- 1963 “La competencia administrativa y su ejercicio delegado”. *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 70, pp. 23-69.
- DELMAS, Magali A., Michael V. RUSSO, Maria J. MONTES-SANCHO y Yesim TOKAT

- 2009 *Deregulation, efficiency and environmental performance: evidence from the electric utility industry. Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives.* Massachusetts: Edward Elgar Publishing.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva
- 1999 *La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y autoridades independientes.* Valencia Editorial Tirant lo Blanch.
- 1999 *El Precario Administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario.* Navarra: Editorial Aranzadi.
- DIEZ, Manuel María
- 1979 *Derecho Administrativo.* Segunda edición. Tomo III. Buenos Aires: Plus Ultra.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica
- 2013 “Formas de Gestión indirecta de los servicios sanitarios y ‘privatización’ de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la comunidad de Madrid).” *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM.* Madrid, N° 27, pp. 111-142.
- DROMI, Roberto José
- 1985 *El acto administrativo.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- 2005 *Derecho Administrativo.* Tomo I y II. Lima: Gaceta Jurídica.
- DUGUIT, León
- 1975 *Las transformaciones del Derecho (público y privado).* Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- ESCOLA, Héctor
- 1989 *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Editorial Depalma.
- ESTEVE PARDO, José
- 1999 *Técnica, Riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental.* Barcelona: Editorial Ariel.
- 2012 *Autorregulación, génesis y efectos.* Navarra: Editorial Aranzadi.
- 2012 “La extensión del derecho público: una reacción necesaria”. *Revista de Administración Pública.* Madrid, N° 189, pp. 11-40.
- 2013 *Lecciones de Derecho Administrativo.* Tercera edición. Madrid: Marcial Pons.

- FANELLI EVANS, Guillermo E
1989 *La Concesión de Obra Pública: La Reforma del Estado (Nueva Legislación)*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán
1995 “Las encomiendas de gestión”. *Informe Comunidades Autónomas*. Barcelona, N° 1, 1995, pp. 667-685.
1997 “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”. *Anuario del Gobierno Local*. Barcelona, N° 1, pp. 119-152.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael
2000 *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano
2002 *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón
1967 “Inscripciones y Autorizaciones Industriales”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 52, pp. 421-446.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge
2006 *Derecho Administrativo y Administración Pública*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM.
- FERREIRA MORONG, Fabio
2014 *El Régimen Jurídico de las licencias y autorizaciones ambientales en España y Brasil: Análisis jurídico-ambiental derivado de los aspectos novedosos de la normativa general de la Unión Europea sobre prevención y control integrados de la contaminación*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- FIORINI, Bartolomé
1957 *Poder de Policía*. Buenos Aires: Editorial Alfa.
- FLORIÁN, Pablo Federico
2001 *Concesión de Obra Pública*. Buenos Aires: La Ley.
- FRAGA MOURET, Gabino
1971 *Derecho Administrativo*. Décimo cuarta edición. México D.F.: Editorial Porrúa.

- FRAILE GARRIDO, Adrián
 2016 *Nuevas formas de control administrativo de la actividad económica: comunicaciones y declaraciones responsables*. Trabajo de Fin de Grado. Segovia: Universidad de Valladolid – Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
<https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/18518/1/TFG-N.521.pdf>
- GALÁN GALÁN, Alfredo y Cayetano PRIETO ROMERO
 2009 “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”. *Anuario de Derecho Municipal*. Madrid, N° 2, pp. 67-80.
- GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS
 2014 *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Décimo primera edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo
 1989 “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 437-452.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ
 2004 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Décimo segunda edición. Madrid: Thomson – Civitas.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel
 1991 *Obras Completas*. Vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA TOMA, Víctor
 2014 *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS.
- GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio
 1964 *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GARCÍA URETA, Agustín.
 2006 *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCINI, Héctor y Miguel REYES
 1963 *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I: Parte General. La Habana: Universidad de La Habana – Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas.

- GARDINI, Gianluca
 2010 “Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana”. En: Alfredo Galán Galán y Cayetano Prieto Romero (coord.). *El Ejercicio de Funciones Públicas por Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Barcelona: Editorial Huygens, pp. 427-442.
- GARRIDO FALLA, Fernando
 1950 “El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 1, pp. 117-130.
- 1966 *Tratado de Derecho Administrativo*. Cuarta edición. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- 1994 “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 135, pp. 07-36.
- GONZÁLES, Luis Armando
 1994 “Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas – Luhmann”. *REALIDAD – Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. San Salvador, N° 41, pp. 785-811.
<http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4e2d8da2d86eateoriacritica.pdf>
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V
 2006 “Contrato de Colaboración Público-Privada”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 170, pp. 07-39.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO
 1991 *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago
 2006 “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas”. *Revista Presupuesto y Gasto Público*. Madrid, N° 45, pp. 31-40.
- GORDILLO, Agustín
 2000 *Tratado de derecho administrativo*. Tomos I, II, III y IV. Cuarta edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GROISMAN, Enrique
 1981 *Función administrativa y legitimación democrática*. Buenos Aires: CISEA.

- GUASCH, José Luis
2005 *Concesiones en infraestructura: Cómo hacerlo bien*. Barcelona: The World Bank – Antoni Bosch Editor.
- GUERRA CRUZ, Guillermo
1994 *Función Pública: el personal al servicio del Estado*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian
2009 “Un acercamiento al concepto de función administrativa en el Estado de Derecho”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 19, N° 31, pp. 285-291.
2015 “Proceso de selección por encargo”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, N° 44, pp. 145-153.
2016 *Elementos esenciales de la Organización Administrativa*. Consultado en fecha: 05 de diciembre de 2016:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2007/12/03/elementos-esenciales-de-la-organizacion-administrativa/>
- HABERMAS, Jürgen
2001 *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- HELD, David
2001 *Modelos de Democracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- HERNANDO OREJANA, Luis Carlos
1998 *La encomienda de gestión*. Segovia: Colegio Universitario de Segovia.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón
2010 “Propuesta de una interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 5, N° 9, pp. 115-133.
2011 “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de regulación”. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. Lima: ARA Editores pp. 665-734.
2011 “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. *Derecho & Sociedad*. Lima, Año 22, N° 36, pp. 93-102.

2013 “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. *Asociaciones Público-Privadas - Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 13, pp. 15-32.

ISASI CAYO, Felipe

2014 *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel

2005 “La seguridad privada a debate: Algunas cuestiones jurídicas esenciales”. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, pp. 01-24. Consulta: 15 de octubre de 2016.
<http://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/11309>

2008 “Aspectos del dilema seguridad pública – seguridad privada: El reparto de funciones”. En: José Cabanillas Sánchez (coord.). *Seguridad Pública – Seguridad Privada: Reparto de Funciones*. Madrid: Fundación Policía Española - Cursos de verano de 2008 de la Universidad Complutense en el Escorial, pp. 27-38.

2010 “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”. En: Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano (dirs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Vol. 10. Madrid: Editorial Iustel, pp. 449-552.

JARA RISCO, María y Joaquín Vásquez CORDOVA

2012 “El servicio de transporte público urbano de personas: libre mercado y regulación”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 6, N° 12, pp. 309-322.

JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier

1999 “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública / obra pública desligado del dominio público y del servicio público”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, N° 3, pp. 195-202.

JORDANA DE POZAS, Luis

1949 “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, N° 48, pp. 41-54.

KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo

1999 “El Rol del Estado y la gestión de los Servicios Públicos”. *Themis*. Lima, Época 2, N° 39, pp. 39-98.

KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA

2012 *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos
2006 *La Autorización Administrativa*. Navarra: Thomson Civitas.
- 2011 “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 185, pp. 89-112.
- LANDA ARROYO, César
2013 “La Constitucionalización del Derecho Peruano”. *Revista de Derecho PUCP*. Lima, N° 71, pp. 13-36.
- LAZARTE MOLINA, Jorge
2003 “El concepto de servicio público en el Derecho peruano”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, Año 13, N° 26, pp. 68-85.
- LINARES, Juan Francisco
1986 *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- LINARES JARA, Mario
2002 *El Contrato Estatal*. Lima: Editorial Grijley.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano.
2016 “Corporaciones de Derecho Público de Base Sectorial”. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 401-424.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco
1994 “El Derecho Administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias”. En: Alfonso Pérez Moreno (coord.). *La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, pp. 574 y ss.
- LÓPEZ PELLICER, José A
1979 *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*. Madrid: IEAL.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando
1989 “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Madrid, N° 243, pp. 563-610.
- LUHMANN, Niklas

- 1988 *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial / Universidad Iberoamericana / Centro Editorial Javeriano.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda
- 1988 “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 116, pp. 287-340.
- 1998 “Servicios públicos, Funciones públicas, Garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 145, pp. 49-88.
- MARIENHOFF, Miguel S
- 1966 *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- MARTÍN MATEO, Ramón
- 1988 *La liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*. Madrid: Editorial Trivium.
- 2005 *Manual de Derecho Administrativo*. Vigésimo cuarta edición. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián
- 1997 “Reflexiones sobre las privatizaciones”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 144, pp. 07-44.
- MARTÍN TIRADO, Richard
- 2007 “Tutela sectorial, desconcentración administrativa de los ministerios y celebración de convenios de colaboración entre los ministerios y las empresas del Estado”. En: Jorge Danós Ordóñez, Eloy Espinoza-Saldaña y Diego Zegarra Valdivia (coords.). *Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, pp. 787-807.
- 2010 “Los Procesos de Promoción de la Inversión Privada y la incertidumbre del inversionista ante las decisiones erráticas del Estado peruano (Primera parte)”. *Revista Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, N° 198, pp. 191-202.
- 2011 “El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 22, N° 36, pp. 103-119.
- 2012 “Los actos administrativos en el régimen de las personas jurídicas del régimen privado”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, N° 12, Año 6, pp. 171-185.

- 2013 “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”. *Asociaciones Público-Privadas - Revista de Derecho Administrativo*. Lima, N° 13, pp. 305-353.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis
1997 “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 144, pp. 45-74.
- 2011 “Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (segunda parte)”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 26, pp. 15-47.
- MATILLA CORREA, Andry
2015 “Concesiones Administrativas”. En: Jaime Rodríguez Arana y Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.); y María del Carmen Martín-Retortillo (coord.). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Editorial Comares – Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 429-478.
- MAURER, Hartmut
2011 *Derecho Administrativo. Parte General*. Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons.
- MAYER, Otto
1982 *Derecho Administrativo Alemán*. Segunda edición. Tomo II: Parte Especial. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- MEILÁN GIL, José Luis
1994 “El servicio público en el Derecho actual”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*. La Coruña, N° 1, pp. 371-386.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel
2003 “La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales”. *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid, N° 18, pp. 13-50.
- MERTEHIKIAN, Eduardo
1992 *La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco.
- MIGUEZ MACHO, Luis
2008 “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 175, pp. 157-215.

- MITNICK, Barry
1989 *La economía política de la regulación*. México DF: Fondo de Cultura Económica – FCE.
- MODERNE, Franck
1975 “Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 4, pp. 03-16.
- MORALES DE SETIÉN, Carlos
2000 “La racionalidad jurídica en crisis”. En: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner - estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. *La Fuerza del Derecho* Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, pp. 13-80.
- MORELL OCAÑA, Luis
1998 *Curso de Derecho Administrativo*. Tercera edición. Tomo II. Pamplona: Aranzadi.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos
2005 *El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N° 27444. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N° 27444 - Segunda Parte. Prólogo de Jorge Danós Ordóñez*. Lima: ARA Editores.
- 2007 “La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: Nueva perspectiva de colaboración público-privada y la revisión de la noción de interés público”. *VIII Jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 01-34.
- 2014 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- MUÑOS MACHADO, Santiago
1998 *Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*. Madrid: Editorial Civitas.
- 2009 *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. Madrid: Iustel.
- NALLAR DERA, Daniel Mauro
2009 *Regulación y Control de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- NIETO GARCÍA, Alejandro
1975 “La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 76, pp. 09-30.

- 1994 *Derecho administrativo sancionador*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO
 2001 *Derecho Internacional Público*. Tomo II: Sujetos de derecho internacional. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- NÚÑEZ BORJA, Humberto
 1971 *Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú*. Arequipa: Cooperativa universitaria.
- OGUS, Anthony
 1994 *Regulation: legal form and economic theory*. New York: Oxford University Press.
- OJEDA MARÍN, Alfonso
 1982 “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”. *Libro homenaje al profesor José Antonio García-Trevijano Fos*. Madrid: Colegio Universitario de Estudios Financieros - Instituto de Estudios de Administración Local, pp. 607-622.
- OPPENHEIMER, Andrés
 2017 “Latinoamérica, sacudida por la corrupción”. *El Nuevo Herald*. Miami, 19 de mayo. Consulta: 25 de mayo de 2017.
<http://www.elnuevoherald.com/opinion-es/opin-col-blogs/andres-oppenheimer-es/article151633447.html>
- PATRÓN FAURA, Pedro y Pedro PATRÓN BEDOYA
 2004 *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Octava edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón
 1992 *Derecho Administrativo*. I, II y III. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons.
- 1993 *Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudios, comentarios y textos de Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, Luciano
 1991 “La potestad de autoorganización de la Administración local”. *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, N° 228, pp. 13-44.
- 1992 *Manual de Derecho Administrativo*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel.

- PASCUAL GARCÍA, José
2008 “Convenios de Colaboración y Encargos a entes instrumentales la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”. *Revista Española de Control Externo*. Madrid, N° 28, Vol.10, pp. 35-64.
- PATRÓN SALINAS, Carlos
2008 “El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Año 19, N° 30, pp. 401-408.
- PEDRESCHI GARCÉS, Willy
2009 “Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 4, N° 7, pp. 251-274.
- PELÁEZ, José Antonio y Daniel DE LA CUERDA
2005 *Externalización de la gestión y los servicios del sector público*. Madrid: Colecciones LID.
- PÉREZ LUQUE, Antonio
2000 “Licencia, autorización y permiso: tres realidades iguales o diferentes”. *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*. Madrid, N° 21, pp. 3457-3456.
- POSADA, Adolfo
1897 *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS
2011 *Guía para el Texto Único de Procedimientos Administrativos: Orientaciones para Municipalidades de ámbito rural*. En: Nilda Rojas Bolívar y Hartmut Paulsen (Coords.). Lima: Secretaría de Gestión Pública.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique
2013 “La privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda”. En: Vergara B. & Bocksang H. (coords.). *Público y Privado en Derecho Administrativo. Actas de las VIII Jornadas de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters – La Ley, pp. 221-255.
- REBOLLO PUIG, Manuel
2009 “La actividad de limitación”. En: Tomás Cano Campos (coord.) *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III. Vol. 2. Madrid: Iustel, pp. 13-45.

2016 “Derecho Administrativo y Administración Pública”. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, pp. 26-58.

REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel Izquierdo Carrasco.

2016 “La actividad administrativa”. En: Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (dirs.). Manuel Rebollo Puig (coord.). *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, pp. 59- 81.

RIDAO I MARTIN, Joan

2013 “El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España”. *Asociaciones Público-Privadas – Revista de Derecho Administrativo. Asociación Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, N° 13, pp. 241-260.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

2012 *Interés general, Derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Editorial Iustel.

ROJAS CALDERÓN, Christian

2007 “Ejercicio de funciones públicas por particulares. El caso de las juntas de vigilancia”. *VV.AA. 2007, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, pp. 01-07.
https://www.academia.edu/4571973/Ejercicio_por_particulares_de_funciones_publicas.El_caso_de_las_juntas_de_vigilancia_VV.AA._2007_Actas_de_las_XXXIV_Jornadas_de_Derecho_P%C3%BAblico._Santiago_Lexis_Nexis?auto=download

ROMANO, Santi

1964 “Voz Poderes y Potestades”. *Fragments de un Dictionario Jurídico*. Buenos Aires: Traducción española.

RUIZ OJEDA, Alberto

2006 *La Concesión de Obra Pública*. Madrid: Thomson Civitas.

SAINZ MORENO, Fernando

1983 “Ejercicio Privado de Funciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 100-102, pp. 1699-1783.

SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo

2007 “Proyecciones para la Función Administrativa y la Administración Pública en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Año 2, N° 3, pp. 197-220.

SÁNCHEZ ESTRADA, Eduardo

2008 *Percepción actual del servicio público*. David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coord.). México D.F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/28.pdf>

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel

1997 *Derecho de la Función Pública*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos.

SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José

2004 “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Andalucía, N° 53, pp. 227-265.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso

1988 *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

2009 *Principios de Derecho Administrativo General*. Segunda edición. Madrid: Iustel.

SANZ RUBIALES, Íñigo

2004 *Poder de Autoridad y Concesión de Servicios Públicos Locales*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

2015 “El acto administrativo”. En: Jaime Rodríguez Arana / Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.), y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coord.). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, pp. 183-202.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge

1994 “Noción y elementos del servicio público”. *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

1996 *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

SAYAGUÉS LASO, Enrique

1953 *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.

- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard
2003 *La teoría general del derecho administrativo como sistema: Objeto y fundamentos de la construcción sistemática.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública / Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel
2003 *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos.* Granada: Editorial Comares.
- SEPÚLVEDA FIGUEROA, Blanca
2014 *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012.* Tunja: Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- SHIMABUKURO, Néstor
2015 *El contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada: una propuesta de principios jurídicos para su fase de ejecución.* Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- STIGLITZ, Joseph
2010 “Regulación y Fallas”. *Revista de Economía Institucional.* Bogotá, N° 23, Vol. 12, pp. 13-28.
- SUÁREZ TAMAYO, David
2012 “Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional”. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.* Medellín, N° 21, Vol. 11, pp. 39-56.
- SUÑÉ LLINAS, Emilio
1989 “Sobre el concepto de potestad”. En: Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí.* Madrid: Editorial Civitas, pp. 1343-1370.
- TEUBNER, Gunther
2000 “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”. En: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner - estudio preliminar y traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. *La Fuerza del Derecho* Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar, pp. 81-144.

- VALENCIA MARTÍN, German
2004 “Servicios públicos y Organismos reguladores”. *Derecho Administrativo*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo - Jurista Editores, pp. 383-410.
- VARGAS FRITZ, José Fernando
1997 *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago de Chile: La Ley.
- VASALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO BARTOLOMÉ
2010 *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: Corporación Andina de Fomento.
- VELEZ MUNERA, Alejandro
1979 *Competencia y Jurisdicción Administrativa*. Tesis de grado para el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socio-económicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- VIGNOLO CUEVA, Giancarlo
2010 *La solución al caso LIDERCON: el correcto uso de la delegación administrativa*. En: Asociación Peruana de Derecho Administrativo (coord.). *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, pp. 101-120.
- VILALTA REIXACH, Marc
2012 *La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi.
- VILLAR EZCURRA, José Luis
1999 *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y Actividad de los particulares*. Madrid: Editorial Civitas.
- VILLAR PALASÍ, José Luis
1952 *Concesiones Administrativas. Voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Barcelona: Francisco Seix Editor.
- 1954 “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, N° 14, pp. 11-122.
- VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis VILLAR EZCURRA
1985 *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones.

- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín
1951 *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- WEBER, Max
1969 *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Tomo I. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- 1985 *¿Qué es la burocracia? Traducción de R. Arar*. Buenos Aires: Editorial Leviatán.
- WISS, Marcia A. y Teresa Maurea Faria
2007 “Public Private Partnerships in Latin America: Governmental Salvation or Deception?” *Business Law International*. N° 2, Vol. 8, pp. 186-206.
- ZANOBINI, Guido.
1958 *Curso de Derecho Administrativo. Tercera sección - Capítulo 1: Principios Generales del Ejercicio Privado*. Milan: Giuffré Editore.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego.
1999 “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”. *Thémis*. Lima, Época 2, N° 39, pp. 99-119.
- 2005 *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima: Palestra Editores.
- 2012 “El Ejercicio de Funciones Administrativas y el Principio de Subsidiariedad”. En: Asociación Peruana de Derecho Administrativo (coord.). *Aportes para un Estado Eficiente: V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, pp. 431-454.
- 2016 “La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio”. *Thémis*. Lima, Época 2, N° 69, pp. 123-131.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco.
1998 “Función pública administrativa en la jurisprudencia constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, N° 1, Vol. 25, pp. 367-378.

Normas constitucionales, legales y reglamentarias

- Constitución Políticas del Perú de 1993.
- Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.
- Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores.
- Decreto Supremo N° 006-2017-JUS – Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG).
- Decreto Legislativo N° 1272 – Modifica la LPAG y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.
- Ley N° 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.
- Decreto Supremo N° 043-2003-PCM – Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Decreto Supremo N° 072-2003-PCM – Reglamento del TUO de la Ley N° 27806.
- Decreto Legislativo N° 807 – Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI.
- Decreto Legislativo N° 1224 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (DL 1224).
- Decreto Supremo N° 410-2015-EF – Reglamento del DL 1224.
- Decreto Legislativo N° 1251 – Modifica el DL 1224.
- Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado (LCE).
- Decreto Supremo N° 350-2015-EF – Reglamento de la LCE.
- Decreto Legislativo N° 1341 – Modifica la LCE.
- Decreto Supremo N° 079-2007-PCM - Aprueba los lineamientos para elaboración y aprobación de TUPA y establece disposiciones para el cumplimiento de la Ley del Silencio Administrativo.
- Decreto Legislativo N° 1012 – Ley marco de asociaciones público – privadas para la generación del empleo productivo (derogada).
- Decreto Supremo N° 146-2008-EF – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.
- Decreto Legislativo N° 674 – Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado.
- Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (derogada).
- Decreto Supremo N° 059-96-PCM – TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (derogado).
- Decreto Supremo N° 060-96-PCM – Reglamento del Decreto Supremo N° 059-96-PCM (derogado).
- Decreto Legislativo N° 758 – Dictan normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos (derogado).
- Decreto Legislativo N° 839 – Aprueba Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (derogado).
- Decreto Legislativo N° 662 – Otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías.
- Ley N° 27342 – Ley que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y 757.

- Ley N° 29230 – Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (obras por impuestos).
- Decreto Legislativo N° 1250 – Modifica la Ley N° 29230.
- Ordenanza N° 694-MML – Regula el procedimiento técnico y administrativo del Sistema de Revisiones Técnicas Vehiculares y el funcionamiento de las Plantas de Revisiones Técnicas en Lima Metropolitana.
- Ley N° 29237 – Ley que crea el Sistema Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares.
- Decreto Supremo N° 025-2008-MTC – Reglamento Nacional de Inspecciones Técnicas Vehiculares.
- Ley N° 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD – Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD – Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras.
- Decreto Supremo N° 040-2008-MTC – Reglamento Nacional de Licencias de Conducir.
- Decreto Legislativo N° 1229 – Declara de Interés Público y Prioridad Nacional el Fortalecimiento de la Infraestructura y los Servicios Penitenciarios (DL 1229).
- Decreto Supremo N° 007-2016-JUS – Reglamento del DL 1229.
- Decreto Supremo N° 010-2013-IN – Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior.
- Ley N° 29809 – Ley de Organización y Funciones del MINJUS.
- Decreto Supremo N° 009-2007-JUS – Reglamento de Organización y Funciones del INPE.
- Decreto Legislativo N° 674 – Código de Ejecución Penal.
- Decreto Legislativo N° 1267 – Ley de la Policía Nacional del Perú.
- Decreto Legislativo N° 1213 – Regula los Servicios de Seguridad Privada.
- Ley N° 29325 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- Resolución de Consejo Directivo N° 008-2013-OEFA/CD – Reglamento del Régimen de Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Decreto Supremo N° 017-2008-MTC – Reglamento de Placa Única Nacional de Rodaje.
- Decreto Supremo N° 044-2006-PCM – Reglamento General de OSITRAN.
- Ley N° 30157 – Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua.
- Ley N° 27692 – Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional APCI.
- Ley N° 28238 – Ley General del Voluntariado.
- Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil.
- Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público.
- Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa.
- Decreto Legislativo N° 1049 – Ley del Notariado.
- Decreto Supremo N° 020-2007-MTC – TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.
- Decreto Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas.
- Ley N° 28832 – Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.
- Ley N° 1367 – Creación del Colegio de Abogados de Lima.

AGRADECIMIENTOS

Ante todo, debo agradecer profundamente a mi asesor, el profesor Alejandro Moscol, por su incondicional y minucioso apoyo en todo el trayecto de mi investigación. No sólo por su gentil trato y predisposición ante las numerosas y estresantes consultas que le hice en todo este tiempo, sino también por la calidad de su asesoría, justificada evidentemente en su experiencia y conocimiento de la disciplina. Inmensas gracias, profesor Moscol.

En la misma línea, quiero agradecer a los diferentes profesores que, de alguna u otra manera, me dieron luces cuando el camino de esta investigación se volvía oscuro. Entre ellos, quiero resaltar el valioso apoyo del profesor Jorge Danós, maestro de todos y fuente obligatoria de quienes apuestan por adentrarse en el estudio del Derecho Administrativo; y al profesor Ramón Huapaya, por sus siempre sesudos comentarios y precisas recomendaciones. Por otro lado, quiero agradecer a los profesores que, a lo largo de mi paso por la Facultad, han contribuido en mi formación e interés en esta rama del Derecho, como lo son el profesor Richard Martín; el profesor Diego Zegarra; el profesor Juan Carlos Morón; y el profesor Rolando Salvatierra. Así también, a la profesora Verónica Rojas, quien no sólo me apoyó incontables veces desde mi etapa en pregrado, sino que también depositó su confianza en mí para que, dentro de mis limitaciones, colabore con ella en materias académicas.

Asimismo, quiero expresar mi profundo agradecimiento a la profesora Dolors Canals i Ametller, catedrática española de la *Universitat de Girona* y una de las principales voces en la materia específica de esta tesis. Este es un agradecimiento especial a quien, desde la distancia, me apoyó constantemente con sus valiosísimos consejos, opiniones, recomendaciones, y en general, me ayudó a sentar mejor mis bases teóricas y aplicativas. Todo un privilegio.

De manera más personal, debo agradecer a amigos y personas especiales que estuvieron siempre aportando un granito de arena en este proyecto. A Piero, por el incondicional apoyo con sus conocimientos y por el entusiasmo en una tesis que parecía más suya que mía. A Lucio, por las valiosas conversaciones que perfilaron mejor los planteamientos de mi investigación. A Hans y Gino, amigos muy queridos con los que siempre se aprende algo nuevo. A Fernando, por ser compañero de numerosas tardes de libros y cafés. Y, principalmente, a Layza, por acompañarme en las buenas y las en las malas; y por su cariño y determinación en que siempre me supere constantemente.

Finalmente quiero agradecer a mi familia entera (dentro de la cual, obviamente, incluyo a mi fiel e inseparable Nico); pero en especial, a mi madre y a mi padre -quien nos acompaña en pensamiento- por darme educación y amor, y con ello la libertad.

Lima, 09 de junio de 2017