LAS OBLIGACIONES TUITIVAS, UNA VERSIÓN SOCIAL DE LA *INDIENSTNAHME*

Joseba K. Fernández Gaztea
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. El origen y la evolución del concepto de *Indienstnahme Privater*. 2. Dos aspectos de la *Indienstnahme Privater*. 2.1. La modificación en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad. 2.2. Faceta organizativa. III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. Planteamiento. 2. Sobre la legitimidad de obligar a una persona jurídico-privada a cooperar. 3. Sobre la injerencia en determinados derechos subjetivos. IV. TRES EJEMPLOS DE OBLIGACIONES TUITIVAS COMO EXPRESIONES EN EL ÁMBITO SOCIAL DE UNA SITUACIÓN DE *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. Las obligaciones de garantizar un suministro eléctrico básico y de garantizar el acceso a una cuenta bancaria básica a consumidores vulnerables en la legislación austríaca. 2. La confiscación de bienes inmuebles vacíos para alojar refugiados y solicitantes de asilo en las ciudades de Bremen y Hamburgo durante la crisis migratoria de 2015. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una perspectiva comparada sobre las obligaciones tuitivas debería enriquecer el resto de contribuciones a este libro. Teniendo en cuenta que este tipo de obligaciones es una modalidad de externalización del Estado social que se ha ido abriendo paso de la mano del Derecho de

la Unión Europea[1], es razonable asumir que se comprenderá mejor su verdadera naturaleza, la realidad de su ejecución y su grado de adecuación a la Constitución fijándose en figuras de otras jurisdicciones del continente. De entre las referencias disponibles, no se puede dejar de lado una categoría que se emplea en las jurisdicciones de lengua alemana, dentro de la cual las obligaciones tuitivas encuentran encaje: la *Indienstnahme Privater* (en adelante también, la *Indienstnahme*). Las reflexiones que se han hecho sobre esta última son valiosas para el fin que esta obra colectiva persigue. Obviarlas sería imprudente.

Desde esta óptica, este capítulo quiere ponerla en valor como elemento dogmático útil desde el cual ahondar la comprensión de las obligaciones tuitivas. Si esta aportación consigue su objetivo, la *Indienstnahme*, o al menos las reflexiones sobre ella, comenzarán a ser en nuestra jurisdicción una referencia difícil de ignorar. Con esta meta en mente, a continuación se enhila una exposición en los cuatro apartados que siguen a esta introducción. En el primero se presenta la explicación académica de la categoría de la *Indienstnahme* (apartado II.); en el segundo, se comentan resoluciones judiciales que la han tenido por objeto (apartado III.); en el tercero, se evidencia el provecho de esta noción mediante tres ejemplos concretos de obligaciones tuitivas, concebidas estas como ejemplificaciones o expresiones de situaciones de *Indienstnahme* (apartado IV.), y; en el cuarto se concluye el análisis con unas observaciones (apartado V.). A lo largo del texto se recurre principalmente a doctrina y jurisprudencia alemanas y, en menor medida, a las austríacas.

II. LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*

Sin necesidad de forzar los conceptos, las obligaciones tuitivas pueden concebirse como un tipo o concreción de una situación de *Indienstnahme Privater*. Cuando se hace referencia a esta última, se está aludiendo a una circunstancia o tesitura que se repite en distintos sectores de actividad, en la cual se imponen obligaciones legales de contenido diverso a personas jurídico-privadas con el propósito de que estas personas desarrollen una función que, en principio, corresponde a los poderes públicos. La literalidad del término evoca la toma en servicio de alguien sin su consentimiento previo, el reclutamiento involuntario para cumplir una misión[2]. Al referirse a esta categoría, la literatura

---

[1] *Vid*. el primer artículo de este libro: «Vulnerabilidad y externalización del estado social», de Jorge García-Andrade.

[2] El sustantivo femenino singular «(die) *Indienstnahme*» designa la sustantivación del verbo «nehmen in Dienst, (das) *Indienstnehmen*», que se podría traducir literalmente como la asunción o toma en servicio. *Vid*. *https://www.duden.de/*.

académica emplea como sinónimas[3] expresiones como *Inpflichtnahme*[4] o, menos frecuentemente, *Indienststellung*[5]. Muy raramente se ha denominado esta situación como el traslado de cargas administrativas adicionales a sujetos privados[6]. En Alemania y Austria los análisis de determinadas prestaciones sociales[7], también los que se centran en la organización y ejecución del Derecho social en un sentido más amplio[8], asumen sin mayor oposición el marco que constituye en sí el concepto de *Indienstnahme*, y desarrollan el estudio de situaciones específicas desde esta premisa, como en el caso de la confiscación de inmuebles vacíos para alojar a refugiados y solicitantes de asilo[9]. Lo que entendemos por obligaciones tuitivas se ha subsumido pacíficamente en esta categoría más amplia de *Indienstnahme Privater*.

1. El origen y la evolución del concepto de *Indienstnahme Privater*

La doctrina que ha reflexionado sobre el concepto no duda en atribuirle a Ipsen la primera elaboración de la *Indienstnahme Privater*[10], una noción que sus colegas asumirían pronto, como constata el hecho de que Forsthoff hiciese mención a ella en la tercera edición de su manual, fechada en 1953[11]. El capítulo de veintiún páginas con el que Ipsen contribuía entonces a un libro homenaje y que tituló «La captación o reclutamiento por ley de sujetos privados para la ejecución de funciones o tareas administrativas»[12] es la primera reflexión detallada de la figura. Como reconocía el autor en sus primeras líneas, faltaban

---

[3] Una referencia al hecho de que ocasionalmente se emplean los términos para realidades distintas se encuentra en Pielow, 2001: 451. La matización que proponía Waechter entre la *Indienstnahme* como el traslado de tareas propiamente estatales y la *Inpflichtnahme* como el traslado de tareas de interés general no se enuentra, sin embargo, en otros autores. *Vid*. Zellenberg, 2017: 134, nota a pie de página núm. 30.

[4] Más recientemente, con ánimo de abogar por la conveniencia de este segundo término, Zellenberg se refiere a la *Inplifchtnahme* en el capítulo dedicado en exclusiva a esta figura que se encuentra en el segundo de los tres tomos de una colección sobre la intervención de sujetos privados en la realización de funciones públicas o estatales; *vid*. Zellenberg, 2017. También se opta por el término *Inpflichtnahme* en Damjanovic, 2017. Las referencias a *Inpflichtnahme* son menos frecuentes en los textos alemanes; un ejemplo se encuentra en Burgi, 2010: 313, núm. marg. 8.

[5] *Vid*. la referencia al uso que hace de este término Forsthoff en Pielow, 2001: 367. *Vid*. también el título en Gause, 1967.

[6] «Überburdung von Verwaltungsobliegenheiten auf Private»; *vid*. Forsthoff, 1953: 151.

[7] *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016; Damjanovic, 2017.

[8] *Vid*. Eichenhofer, 1996; Pielow, 2001; Jarass, 2007; Wissmann, 2009; Pitschas, 2010.

[9] *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016.

[10] *Vid*. von Heimburg, 1982: 38; Drüen, 2012: 11; Zellenberg, 2017: 132.

[11] Forsthoff, 1953: 151.

[12] El título original del capítulo es «Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben».

hasta la fecha elaboraciones sistemáticas de esta realidad[13]; de hecho, el estudio más detallado que existía por aquel entonces se había centrado en obligaciones propias de tiempos de guerra[14]. De lo que se trataba en ese momento era de esbozar el perfil dogmático de un fenómeno que se estaba haciendo más frecuente de la mano del crecimiento del Estado social y que estaba desbordando el ámbito financiero, que era el que había atraído la atención de Ipsen en un primer momento. Su interés en investigar la cuestión estaba inspirado por la cuestión acerca de la compensación de los costes en los que estaban incurriendo las entidades financieras por llevar a cabo tareas adicionales en beneficio del público[15].

El jurista comenzó por plantear las cuestiones fundamentales sobre la *Indienstnahme*; cuestiones que todavía no están resueltas del todo. Sus preguntas se referían, primero, a su naturaleza particular: ¿Qué tipo de obligaciones son las que se generan en una situación de *Indienstnahme*? ¿Qué es lo que diferencia esta situación de otras fórmulas de ejecución de tareas administrativas? ¿Qué ejemplos encarnan esta noción? Segundo, las preguntas pretendían aclarar el esquema de relaciones entre el Estado, el sujeto privado obligado y el beneficiario de las obligaciones de una *Indienstnahme*: ¿Son este conjunto de relaciones de naturaleza jurídico-pública? ¿Procede compensación al obligado por la *Indienstnahme*? ¿Podría la Administración incurrir en responsabilidad frente al beneficiario tercero de las obligaciones impuestas?

En síntesis, la realidad que se captó con la locución *Indienstnahme Privater* es el traslado a manos privadas *ope legis* de lo que en el Derecho público alemán se conoce por funciones o tareas del Estado (*Staatsaufgaben*), incluidas también las funciones o tareas administrativas (*Verwaltungsaufgaben*)[16]. El traslado está justificado por razones de eficacia y eficiencia: bien porque no se cuenta con recursos públicos suficientes, bien porque se quiere optimizar los existentes[17]. La *Indienstnahme* se ha de ver como una puesta en servicio imperativa de la capacidad privada para el bien común que implica el que el sujeto obligado deba cumplir una función que le correspondería a los poderes públicos. *«Abwälzen»* (transferir, trasladar) es el verbo que se empleaba para identificar lo que ocurre con la responsabilidad del Estado sobre sus tareas[18]. De este modo, el sujeto privado pasa a desarrollar una serie

---

[13] El único precedente al que se refería el autor era un capítulo escrito en 1943 sobre las obligaciones de servicio y prestación de los alemanes. *Vid*. Ipsen, 1950: 141, nota a pie de página núm. 2.

[14] *Vid*. Weber, 1943.

[15] *Vid*. Drüen, 2012: 12.

[16] *Vid*. Fernández Gaztea, 2023.

[17] *Vid*. Ipsen, 1950: 141.

[18] *Ibid*., 141, 145.

de funciones añadidas que guardan cierta conexión material[19] con las que realiza habitualmente y que, de no realizarlas él, las tendría que realizar el Estado por sí mismo[20]. Cuando la persona obligada actúa para cumplir las funciones que se le asignan lo hace como sujeto de Derecho común, y no como lo haría un privado al que se le ha cedido potestad pública para actuar en el tráfico por medio de actos administrativos[21]. Hasta donde este autor llega, ni Ipsen, ni la literatura adscriben la *Indienstnahme* a un credo político particular, a pesar de que optar por ella es una decisión con cierta relevancia organizativa, y, como tal, no es neutra políticamente[22]. Se podría suponer que quien espere que un poder público asuma en primera persona todas las tareas que le corresponden tendrá reparos frente la *Indienstnahme*. También sería de esperar cierta oposición ideológica desde posiciones que tienden a rechazar toda intromisión en la libertad individual.

En las situaciones de *Indienstnahme* se da una relación jurídica triangular que comprende al Estado, al sujeto obligado, y al que se beneficie de la acción del segundo. El contenido de estas relaciones no se puede precisar solo con las previsiones de la ley que crea la *Indienstnahme*, para lo cual Ipsen sugirió recurrir a los principios del Derecho, al Derecho administrativo no escrito[23], y a la recién aprobada Ley Fundamental (en adelante también, la LF).

Llegó a la conclusión de que, en la situación de *Indienstnahme,* la persona obligada se encuentra en una relación jurídico-pública nacida de imperativo legal, que no es equiparable a aquella que nace de un contrato o concesión[24], y que tampoco es equiparable a una relación de sujeción especial como la de un funcionario[25]. Esa persona tendrá que realizar una serie de tareas con los medios de los que dispone habitualmente[26]. En tanto que la obligación no se le impone por medio de un acto administrativo, no está en sus manos impugnarla por vía de una pretensión de impugnación (*Anfechtungsklage*)[27]. Más bien, el único mecanismo de reacción directa que tiene a su disposición es la pretensión de que se declare la vigencia de la obligación que sobre ella recae por medio de la acción específica (la *Feststellungsklage*)[28]. La na-

---

[19] *Ibid*., 150.

[20] *Ibid*., 148.

[21] *Ibid*., 143, 144; von Heimburg, 1982: 39.

[22] Sobre el carácter político de las decisiones organizativas, *vid*. Schmidt-Assmann, 2023: 208-211. Es de ayuda la traducción española a la primera edición de 2013 que se encuentra en Schmidt-Assmann, 2021: 273-277. En este aspecto las ediciones alemanas de 2013 y 2023 no varían, por lo que la traducción española de la edición de 2013 sigue vigente.

[23] *Ibid*., 154.

[24] *Ibid*., 151.

[25] *Ibid*., 153.

[26] *Ibid*., 150.

[27] *Ibid*., 149-150.

[28] *Ibid*.

turaleza jurídico-pública de la relación implica el que los órganos de las Administraciones estén facultados para supervisar el cumplimiento de la*s* obligaciones impuestas y para, en su caso, forzar su cumplimiento[29]. En tal eventualidad, la persona obligada sí que tendría a su disposición acción contra los actos administrativos dictados[30].

La *Indienstnahme* no despoja de su estatuto de sujeto de Derecho común[31] al obligado, lo que indica que la actividad que desplegará para satisfacerla y la relación que compartirá con los beneficiarios de su actividad se regirán por este. Ipsen analizó varios supuestos[32] antes de concluir que, por regla general, la ley, efectivamente, recurre al Derecho común para configurar la relación entre privado obligado y tercero beneficiario [33]. En concreto se detuvo en la relación entre los institutos privados de crédito y los clientes que querían compensar sus títulos valores, así como en la relación que existe entre una institución financiera o compañía aseguradora y los clientes cuyos tributos se han de retener. Entendía que las pretensiones que pudiera tener un obligado frente a los beneficiarios de su actividad —p. ej., en relación con el cobro de aquellos costes que la ley hubiera trasladado a los beneficiarios— se rigen, primero, por lo que establezca la ley creadora de la *Indienstnahme* y, en su defecto, por el Derecho común[34]. Lo entendía así también respecto del cauce procedimental para hacerlas efectivas[35].

Se podría pensar que el autor defendería que en los supuestos que se dan en la dirección inversa, es decir, cuando un beneficiario exige responsabilidad por la ejecución de la *Indienstnahme*, no regirían las reglas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, no es así. Regirían primero las normas de Derecho común si así lo preveía la norma de la que surgía la *Indienstnahme*[36], como en el caso del art. 51 de la ley sobre transacciones de títulos-valores[37], pero no debería descartarse la responsabilidad del Estado. Apoyaba su argumento en el hecho de que alguna sentencia puntual había reconocido tal responsabilidad del Estado por actos de personas privadas que no eran sujetos de una relación de servicio o de sujeción, pero que habían asistido a este en el desempeño de sus planes[38].

---

[29] *Ibid*., 151.
[30] *Ibid*., 152.
[31] *Ibid*., 151.
[32] *Ibid*., 159-160.
[33] *Ibid*., 160.
[34] *Ibid*.
[35] *Ibid*.
[36] *Ibid*., 161.
[37] *Wertpapierbereinigungsgesetz* del 20 de julio de 1949, que se podría entender como ley sobre las transacciones de títulos valores, y que tenía por objeto instaurar un sistema o red de pago y compensación entre entidades para posibilitar este tipo de operaciones.
[38] Ipsen, 1950: 161, nota a pie de página núm. 37.

La cuestión —¡importante!— de la compensación por los costes incurridos fue también objeto de las primeras consideraciones. A este respecto, explicaba Ipsen que el perjuicio patrimonial generado por las obligaciones no tiene la misma naturaleza que una expropiación o privación de bienes[39]; figuras que operan más bien sobre una distinción clara entre poder público y esfera privada[40]. La contraprestación o remuneración que cabe esperar por la realización de tareas en el marco de una *Indienstnahme* es, por tanto, distinta a un justiprecio[41]. No obstante esta matización, razonaba que la puesta en servicio de los medios de la persona privada obligada implica una injerencia en su derecho de propiedad comparable a la que causa la expropiación o privación, y que esta debe ser objeto de contraprestación compensatoria[42].

El razonamiento proponía considerar una serie de parámetros antes de llegar a una conclusión acerca de la posibilidad de exigir una compensación. En concreto, invocaba el principio en virtud del cual no se puede pedir a los ciudadanos que soporten cargas particulares[43]. Se mencionaban también: el hecho de que, en principio, es el Estado quien debería asumir la tarea que se le exige a las personas obligadas, y que, estas segundas, en realidad, le sustituyen en su posición[44]; la interpretación que hasta la fecha se venía haciendo de las leyes que regulaban situaciones análogas[45]; el argumento de Derecho civil de que el proveedor en una relación comercial tiene derecho a compensación por su prestación[46], y; el carácter necesariamente limitado de cualquier intromisión del poder público en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 1 a 19 de la Ley Fundamental; en especial se aludía a la prohibición de trabajo forzoso del art. 12.2. Se tenía por relevante a estos efectos el hecho de que la propia configuración legal de la *Indienstnahme* en cuestión prevea una compensación, como ocurre, p. ej., cuando los beneficiarios de la acción que lleva a cabo la persona obligada tienen la obligación de satisfacerle una contraprestación[47]. A efectos de determinar si procede una compensación a estas personas, se ha de tener en cuenta la circunstancia de si las obligaciones de la *Indienstnahme* les reportan algún beneficio, en cuyo caso tales

---

39 *Ibid*., 156.

40 *Ibid*.

41 *Ibid*.

42 Ipsen, 1950: 156.

43 *Ibid*., 157.

44 *Ibid*.

45 Hacía referencia a una interpretación aceptable, desnazificada, de la *Reichsleistungsgesetz* del 1 de septiembre de 1939. En el texto se hace referencia a las obligaciones que recaían sobre las empresas del art. 3.

46 Se refería al art. 675 del Código Civil.

47 Ipsen, 1950: 158.

obligaciones son equiparables a una tasa para compensar beneficios o servicios (una *Vorzugslast*)[48].

Como ejemplos de *Indienstnahme* se identificaron obligaciones de carácter tributario y laboral como, p. ej., la obligación de retener cantidades de la nómina de los trabajadores y abonar sus cuotas de la seguridad social[49], la de retener rendimientos de capital e indemnizaciones de seguros, o la de retener cantidades a cuenta del impuesto de sociedades, de transporte, o del mercado de capitales[50]. En estos casos la finalidad de la *Indienstnahme* es simplificar y asegurar el pago de esos impuestos. Como ejemplo más reciente en el tiempo se ponían las obligaciones de las instituciones de crédito que tenían por objetivo acelerar el recambio de la divisa obsoleta, o las dirigidas a instaurar un sistema de transacciones de títulos valores (p. ej., la obligación de compensar los títulos de otra institución o la de emitir certificados de disponibilidad)[51]. Sin dedicarle mayor atención en su capítulo, Ipsen apreció que en este último ejemplo (en las obligaciones sobre las operaciones con títulos valores) los costes que asumían los beneficiarios compensarían a las entidades financieras y, por tanto, estas no podían exigir una contrapartida[52]. Entendía que, teniendo en cuenta todo lo anterior, tampoco se debía resarcir a las personas jurídico-privadas obligadas a la deducción y pago de impuestos[53].

El concepto de *Indienstnahme* evolucionó[54].

En la misma década de 1950 la noción aparecería reflejada en la literatura académica. Pronto lo haría también en las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán (en adelante también, el Tribunal Constitucional Federal o TCF). De este modo, se encuentra la expresión literal en un auto de los últimos meses del año 1967[55]; en concreto, en el resumen de los motivos por los que una sociedad dedicada a la actividad financiera alegaba la inconstitucionalidad de una disposición que obligaba a estas entidades a retener parte de los rendimientos de capital de sus clientes. Se leería poco después otra mención a una *Indienstnahme* en un auto —este segundo, más transcendente— que obligaba a las empresas importadoras de hidrocarburos a almacenar cantidades de combustible en prevención de futuras variaciones repen-

---

[48] *Ibid*., 155.
[49] *Ibid*., 147.
[50] *Ibid*., 145-147.
[51] *Ibid*., 147-149.
[52] *Ibid*., 158.
[53] *Ibid*.
[54] Una descripción detallada de la evolución del concepto en la doctrina y jurisprudencia alemanas se puede encontrar en Drüen, 2012: 16 y ss., y en el largo listado de escritos que incluye al comienzo de su monografía en la nota a pie de página núm. 28.
[55] Auto del TCF de 29 de noviembre de 1967 en el asunto 1 BvR 175/66, recogido en el vol. 22 de la colección del tribunal, p. 380.

tinas del precio[56]. Salvo error de este análisis, en Austria el Tribunal Constitucional no mencionaría expresamente el término *Indientsnahme*, ni *Inpflichtnahme,* hasta comienzos de la primera década de los 2000, si bien, es cierto que había analizado situaciones muy similares asimilables al concepto denominándolas con otras expresiones como, p. ej., *Mitwirkung* (cooperación)[57].

El concepto de la *Indienstnahme* se ha difundido, pero a costa de su precisión, como revela el hecho de que se empezara a utilizar para describir realidades muy diversas entre sí[58]. La doctrina alemana se refiere a una ausencia de contornos del concepto[59], y la austríaca afirma que lo único común en las acepciones de la expresión es que en todas existe una obligación que se impone a un sujeto jurídico-privado[60]. Además de las que identificó Ipsen inicialmente, la literatura ha ido subsumiendo en la figura un largo listado de situaciones que afecta a sectores de actividad dispares. En ocasiones las obligaciones que se imponen son de carácter social-prestacional, en otras no. Hasta ahora se ha subsumido en el concepto, al menos: la obligación de contratar trabajadores con algún tipo de discapacidad[61]; la de recopilar información con fines estadísticos para las Administraciones[62]; la de almacenar ciertas cantidades de crudo de petróleo para atenuar el impacto de oscilaciones repentinas del mercado[63]; la de recoger determinados residuos peligrosos y aceites usados[64]; la de reemplazar físicamente los buzones de las casas para facilitar la actividad a todas las empresas que operan en el sector postal[65]; la de realizar lo necesario para proporcionar los servicios universales postal y de telecomunicaciones[66]; la de monitorizar las telecomunicaciones de clientes [67]; la obligación de las compañías aéreas de controlar la identidad de sus pasajeros[68], así

---

[56] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292.

[57] Zellenberg, 2017: 140.

[58] *Ibid*., 133-135.

[59] Drüen, 2012: 46.

[60] Zellenberg, 2017: 135.

[61] *Ibid*., 144.

[62] *Ibid*.

[63] *Ibid*.

[64] *Ibid*.

[65] Esta obligación, que recayó sobre la sociedad pública estatal Österreichische Post AG, tenía por finalidad la de adecuar todos los buzones del país para que el resto de empresas postales pudieran tener acceso a ellos. Era habitual que para acceder a los buzones de las casas se necesitara la denominada llave «Z», que solo esta compañía tenía, impidiendo así de hecho el que otros proveedores de servicios postales pudieran acceder a ellos y, por tanto, desarrollar su actividad en igualdad de condiciones. Por esta razón recayó en esta empresa la obligación de reemplazar buzones en los términos del art. 34 de la ley del mercado de servicios postales.

[66] Zellenberg, 2017: 144.

[67] *Ibid*.

[68] Damjanovic, 2017: 140.

como la de estas y la de los operadores aeroportuarios de protegerse a sí mismos de amenazas terroristas[69]; la de controlar la tenencia del permiso de residencia de los extranjeros que se está transportando dentro del país[70]; la de los titulares de redes sociales de impedir la publicación de contenidos ilícitos[71]; la de los titulares de inmuebles vacíos de tolerar su ocupación para el alojamiento temporal de refugiados[72]; la de asegurar el suministro de luz eléctrica con arreglo a unas condiciones favorables mínimas[73]; la de proporcionar acceso a personas susceptibles de protección a una cuenta básica de pago en condiciones más favorables que las del resto de clientes[74], o; la de transportar gratis viajeros de movilidad seriamente impedida[75].

Hoy la doctrina no se limita a levantar acta de las disparidades de criterio sobre la noción y la confusión subsiguientemente generada[76] y hace por delimitarla. En consonancia con estos esfuerzos, se entiende aquí la *Indienstnahme* como una fórmula particular de cooperación obligatoria con el Estado que consiste en la imposición a un sujeto jurídico-privado de la realización de una serie de funciones o tareas de interés general que son responsabilidad del primero, también de carácter prestacional. Si, como algún autor puntualmente ha propuesto, se redujera la figura a los supuestos en los que se obliga a una persona jurídico-privada a la ejecución de tareas que requieren del ejercicio de potestades unilaterales[77], entonces carecería de sentido acudir a ella para analizar las obligaciones tuitivas.

2. Dos aspectos de la *Indienstnahme Privater*

Interesa reflexionar sobre dos aspectos de este concepto, que se expondrán a continuación.

---

69 Lennartz, 2019: 438.

70 *Ibid*.

71 *Ibid*.

72 Guckelberger *et al*., 2016.

73 Damjanovic, 2017.

74 *Ibid*.

75 Jarass, 2007.

76 No siempre se ha descrito la figura con nitidez. Así, p. ej., puntualmente, la *Indienstnahme* se funde con supuestos en los que sujetos privados asisten al Estado o la Administración en la realización de tareas respecto de las cuales no se ha alterado la responsabilidad de estos últimos (supuestos de *Verwaltungshilfe*), y también se compara la *Indienstnahme* con casos en los que se habilita a sujetos privados al ejercicio de potestades públicas (supuestos de *Beleihung*). *Vid*. Heintzen, 2003: 254 y ss., y Burgi, 1999: 83 y ss.

77 *Vid*. Zellenberg, 2017: 137-138.

2.1. *La modificación en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad*

El primero de ellos es el hecho de que la situación que genera la *Indienstnahme* introduce una novedad en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad para satisfacer los intereses generales.

Considerado más pausadamente, en realidad el motivo por el que destaca el hecho de que una entidad financiera esté obligada a abrir una cuenta básica de pago en favor de una persona susceptible de protección social, y no destaque tanto el hecho de que esa misma entidad deba abonar las cotizaciones del seguro social de sus empleados, radica, no en el carácter obligatorio de la apertura de la cuenta básica, ni en su carácter gravoso, ni en su orientación hacia el interés general, pues también el pago del seguro social es obligatorio, gravoso y está dirigido hacia el interés general. La obligación de abrir una cuenta bancaria destaca porque *altera una distribución de roles o funciones entre el Estado y entidades bancarias que se asume como premisa*. Hasta recientemente, se entendía que, mientras que la tarea de abonar las cotizaciones sociales *sí debía ser responsabilidad del empleador*, la de proveer una cuenta bancaria básica porque es algo imprescindible para poder llevar una existencia digna, *debería ser responsabilidad de los poderes públicos y no de una persona jurídico-privada*. Este es el equilibrio preexistente que la creación de una *Indienstnahme* rectifica y actualiza, es la premisa que trastoca. Esta es, por tanto, la profundidad de su calado.

La línea entre Estado y sociedad que la *Indienstnahme* redibuja no tiene de por sí perfiles claros. Se escribió hace ya tiempo que tal límite no se ha de entender como una frontera, sino como una membrana semipermeable a través de la cual una suerte de ósmosis posibilita distintas modalidades de cooperación entre sujetos jurídico-públicos y jurídico-privados[78]. La *Indienstnahme Privater* se debe ver como una más de esas modalidades de cooperación alumbrada en la zona intermedia entre Estado y sociedad.

Tiene sentido, entonces, que el contexto teórico en el que se ha elaborado la noción de *Indienstnahme* sea el de la discusión acerca de los modos del Estado de cumplir con sus cometidos. De acuerdo con el canon explicativo, la noción de *Indienstnahme* encuentra su sitio en el último peldaño de la escala descendente en grado de generalidad que distingue entre fines (*Staatszwecke*), principios u objetivos (*Staatsziele*) y funciones o tareas (*Staatsaufgaben*) del Estado[79]. Es decir, la *Indienstnahme* se discute cuando se trata de las funciones, los cometidos

---

[78] Ossenbühl, 1971: 144.

[79] *Vid*. Fernández Gaztea, 2023: 97-99.

concretos que se han de llevar a cabo para satisfacer los propósitos u objetivos que fija la Constitución. En concreto, es un modo de procurar una retirada parcial del poder público en un ámbito concreto. La *Indienstnahme* se identifica también como un modo de privatización[80] o de privatización forzosa (*Zwangsprivatisierung*)[81].

De ahí que se haya argumentado que lo verdaderamente significativo en ella es que el Estado da un paso atrás[82], y que sea algo menos significativo el que un sujeto jurídico-privado tenga que asumir una obligación más. La *Indienstnahme* implica que el poder público decide modificar *su* grado de responsabilidad respecto a una de sus funciones o tareas. Cambia de peldaño[83] y pasa, de ser responsable de la ejecución, a ser responsable del marco de la ejecución; pasa a ocupar la posición de garante. En lugar de prestar él mismo, se ocupa de controlar, supervisar, coordinar, y dirigir que otros lo hagan[84].

Es obligado señalar que la reasignación de funciones o responsabilidades que la *Indienstnahme* en sí misma propone es *el primer dato a tener en cuenta cuando se reflexiona acerca de su legitimidad*. Así se deduce aquí del modo de razonar del Tribunal Constitucional Federal, pues este aplica los parámetros de control a las restricciones subjetivas que una *Indienstnahme* implica sobre la base de que, en primer lugar, la reasignación de funciones, tareas o responsabilidades *es admisible porque persigue un propósito legítimo*[85]. La justificación teleológica de la responsabilidad forzada a la que somete a los sujetos privados es la primera pregunta de todas porque subyace al juicio que se hace sobre la proporcionalidad del menoscabo que la *Indienstnahme* en cuestión inflige al principio de igualdad, a la libertad, a la garantía patrimonial, o a la libertad de empresa de los sujetos jurídico-privados obligados. Esta es por su carácter fundamental, quizás, la pregunta más difícil. Es una pregunta que, aunque se puede considerar en abstracto separadamente como se hace aquí, la doctrina judicial no la ha disociado del análisis del impacto de la *Indienstnahme* en la esfera de las personas afectadas.

Trasladado a un supuesto hipotético, esto supondría que si, p. ej., para reducir el desperdicio de alimentos se obligara a las superficies comerciales a suscribir convenios con entidades privadas para hacer operativa la donación gratuita de sus excedentes —en este sentido se

---

[80] Esto se deduce de la ponencia de Ossenbühl en la reunión anual de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado; *vid*. Ossenbühl, 1971. También de las ponencias de Heintzen y Vosskuhle en la reunión de 2002; *vid*. Heintzen, 2003 y Vosskuhle, 2003.

[81] Burgi, 2010: 313, núm. marg. 8.

[82] Weiss, 2002: 47.

[83] La descripción del escalonamiento de los grados de responsabilidad está en Wissmann, 2009, 378.

[84] Weiss, 2002: 291; Pielow, 2001: 453.

[85] Drüen, 2012: 188-191.

está discutiendo ahora en España[86]—, la primera cuestión de todas sería la de si es legítimo involucrar a estas empresas en esta función o tarea que no les correspondía hasta la fecha. La cuestión es jurídica y política, y exige asumir que el legislador goza de inicio de cierto margen[87]. De las resoluciones del TCF no se deduce un modo de razonar metódico y claro para responder, pero sí que es cierto que la doctrina se hace eco de una serie de criterios orientativos[88].

Se admite casi unánimemente que el legislador no puede obligar a la realización tareas que él mismo viene realizando solo con el fin de aligerar la carga que soportan los poderes públicos[89]. La Ley Fundamental no justificaría una merma de derechos y libertades fundamentales si su única finalidad es la de incrementar la eficacia y eficiencia de la Administración[90]. Si lo que se persigue es reducir el presupuesto o redistribuir el peso de las cargas fiscales entre sujetos privados[91], se ha de recurrir a la legislación fiscal. Se entiende también que, tal como se predica respecto de las exacciones fiscales, la cercanía entre la actividad ordinaria de la persona jurídico-privada obligada por la *Indienstnahme* y el contenido material de la obligación que se le impone es relevante (lo que se denomina como *Sachnähe*, proximidad material)[92]. Lo mismo ocurre respecto de la capacidad para desenvolverse con las obligaciones que se imponen. Ambas circunstancias implican mayor responsabilidad.

En consecuencia, a mayor semejanza o cercanía entre la actividad regular del sujeto jurídico-privado obligado y la actividad cuya ejecución se quiere desvincular el Estado o, a mayor capacidad para desarrollarla, más razonable es, más justificado está, hacer corresponsable a ese sujeto privado. Y, en sentido inverso, cuanto más lejos quede de la actividad habitual del sujeto jurídico-privado la actividad de cuya ejecución se quiere desvincular el Estado, o cuanto más difícil le sea satisfacerla, menos justificado está el que el legislador le involucre. Un tercer indicio que habla a favor de la razonabilidad del reclutamiento de una persona privada es el de su participación en un riesgo que se quiere paliar: cuanto más tenga que ver su actividad con ese riesgo, más se le puede exigir que lo asuma ella misma[93]; p. ej., a una compañía aérea

---

[86] Según informa el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, el proyecto de ley prevé esta obligación; *vid*. *https://www.mapa.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-pone-en-marcha-el-proyecto-de-ley-de-prevenci por 100C3 por 100B3n-de-las-p por 100C3 por 100A9rdidas-y-el-desperdicio-alimentario/tcm:30-673097* (consultado por última vez el 23 de marzo de 2024).

[87] *Ibid*., 190.

[88] Drüen, 2012: 193-205.

[89] *Ibid*., 194-200.

[90] *Ibid*., 195-196.

[91] *Ibid*., 196-200.

[92] *Ibid*., 201-203.

[93] *Ibid*., 203-204.

respecto al riesgo de atentados terroristas, o a una red social respecto a su mal uso. De modo similar, otro indicio tiene que ver con cuánto se está beneficiando la entidad privada de una determinada situación, hasta el punto de que se ha justificado la imposición de obligaciones como compensación de una serie de ventajas fiscales; p. ej., en el caso de sociedades que se dedican a la actividad inmobiliaria[94].

De algún modo, estos criterios indican que, a mayor conexión subjetiva, o mayor cercanía de una persona jurídico-privada con una necesidad de interés general, sea por razón de la actividad que desarrolla habitualmente, por su especial capacidad para satisfacerla, porque participa en el riesgo que entraña, o por el beneficio que le pueda acarrear, mayor solidaridad se le exige. Es decir, más justificado está implicarle en esa necesidad de interés general, incluso si se llega a interferir con sus derechos y libertades fundamentales. Viene muy al caso, por tanto, el hecho de si el obligado es ya parte de una relación jurídica en la que participan también aquellos en cuyo favor deba redundar la situación de *Indienstnahme*. La prexistencia de una relación tal no haría más que confirmar la intensidad de la cercanía que se requiere para admitir la redistribución de funciones que una *Indienstnahme* trae consigo.

Hay que añadir que la sensibilidad social a este respecto evoluciona, y que por medio de razonamientos jurídicos imaginativos se le puede acabar encontrando acomodo a un nuevo sentir sobre obligaciones impuestas a personas jurídico-privadas. Muestra de ello es cómo la ley a finales del sig. XIX introdujo la obligación de los empleadores de asumir parte del seguro social obligatorio de los trabajadores[95]. Como explica Fuchs[96], una postura más conservadora abogaba por mantener las responsabilidades de empleador y empleado incomunicadas: que cada uno asumiera sus propios riesgos conforme a la regla de Derecho romano en virtud de la cual solo el dueño, el *dominus*, debe asumir las contingencias que afecten a lo suyo: *Casum sentit dominus*[97]. Sin embargo, el planteamiento se acabó por superar gracias a un razonamiento inspirado en la pandectística[98] que justificaba la corresponsabilidad de empleadores y trabajadores en el futuro del trabajador arguyendo que la necesidad de un seguro social que compense la disminución de la capacidad de trabajo del empleado viene propiciada por la paulatina acumulación en la propia persona del empleado del esfuerzo realizado a lo largo de su vida laboral; y, precisamente, de ese esfuerzo y trabajo origen de esa necesidad de compensación por el seguro es de lo que se ha estado beneficiando el empleador durante ese período de

---

[94] *Ibid*., 203.

[95] Ley de 22 de junio de 1889 sobre el seguro de invalidez y jubilación (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Alterversicherung*).

[96] Fuchs, 2018: 171-174.

[97] *Ibid*., 172.

[98] *Ibid*., 172. Se atribuye el argumento de la responsabilidad compartida a J. Baron.

acumulación. El futuro del empleado no le puede ser indiferente al empleador porque está fuertemente condicionado por la relación que ambos han tenido a lo largo de los años de trabajo. Obligaciones que se habrían considerado antijurídicamente impuestas, como la de obligar a satisfacer cotizaciones del seguro del trabajador, se acabaron por imponer por la propia ley como una forma de solidaridad obligada[99], hoy anclada en la cláusula de Estado social. Uno de los borradores de la exposición de motivos de aquella ley hacía mención expresa a la noción de solidaridad[100].

Nótese, además, que la redistribución de funciones que introduce una *Indienstnahme* no se limita a reposicionar al Estado y al sujeto jurídico-privado. La *Indienstnahme* tiene que alterar también las reglas sobre la actividad habitual de ese sujeto y sus relaciones con terceros. Trasladado al supuesto hipotético planteado antes, si finalmente se obligara a las grandes superficies comerciales a suscribir convenios de colaboración con entidades privadas que redistribuyen alimentos excedentes, entonces se tendrían que alterar las normas de Derecho privado que rigen para estos convenios, al menos en lo que respecta a la autonomía de las partes para celebrarlos.

Ciertamente, la reinterpretación social de las normas de Derecho privado no es nueva, ni se da únicamente cuando se obliga a la satisfacción de funciones de interés general por medio de un mecanismo como el que aquí se estudia. La llamada de von Gierke a preguntarse cuáles deben ser las funciones o tareas del Derecho privado[101] o la propia expresión de Derecho privado social (*soziales Privatrecht*)[102] son dos testimonios muy puntuales de esta reflexión. Axiomas de Derecho privado como el principio de la autonomía de la voluntad, la igualdad formal de las partes o la facultad de exclusión inmanente al derecho subjetivo han sido alterados en cierto grado[103]. El fenómeno es patente hoy en el Derecho de los consumidores, en los arrendamientos de vivienda o en las normas laborales.

---

[99] La noción de solidaridad es clave en la fundamentación jurídica de las obligaciones que se derivan de la cláusula constitucional de Estado social, también de aquellas con origen en una situación de *Indienstnahme*. Sobre las diversas acepciones del término, incluida la jurídica, *vid*. Thüsing *et al*., 2022.

[100] *Ibid*., 174.

[101] El 5 de abril de 1889, publicado ya el primer borrador del código civil alemán, el insigne historiador y jurista impartió ante la sociedad jurídica de Viena una conferencia sobre la función del Derecho privado en la que profetizaba que el Derecho privado tendría que ser más social o no sería, y en la que reclamaba, por un lado, un Derecho público aireado por la brisa de la libertad individual y, por otro, un Derecho privado engrasado con una gota de aceite socialista. *Vid*. Eichenfofer, 1996: 857.

[102] *Ibid*., Rösler, 2007.

[103] *Vid*. Eichenhofer, 1996; Rösler, 2007.

A pesar de lo sobradamente conocida que sea esta última apreciación, es necesario dejar apuntado que la puesta en servicio forzada para colaborar con el poder público, tal como la *Indienstnahme* la prevé, tiene un efecto sobre las reglas del ordenamiento jurídico-privado que rigen las relaciones de las personas obligadas. Si se puede expresar así, en la *Indienstnahme*, *junto con las personas que se van a corresponsabilizar en el desarrollo de una función de interés general, se recluta también el ordenamiento jurídico-privado en la medida necesaria para hacer posible que esas personas cumplan*.

2.2. *Faceta organizativa*

El segundo aspecto a destacar de la *Indienstnahme* es su faceta organizativa.

Después de leer el texto de Ipsen, pudiera parecer que los obligados en una situación de *Indienstnahme* se integran de algún modo en la organización pública. La razón es que el autor afirmaba que, si no fuera por las empresas obligadas a practicar retenciones y liquidar pagos a cuenta de determinados impuestos, entonces «debería hacerlo la Administración tributaria *sin recurrir a estos sus órganos auxiliares* (*Hilfsorgane*)»[104]. De esta afirmación se podría deducir que cuando estas personas jurídico-privadas actúan en cumplimiento de las obligaciones impuestas lo hacen como órganos del Estado o de la Administración.

Sin embargo, no parece que este sea el caso. Una *Indienstnahme* no modifica la planta organizativa de la Administración, sino, más bien, su responsabilidad sobre determinadas tareas, puesto que se le descarga de su ejecución directa[105]. En contraste con lo que ocurre con la *Beleihung* (el traslado de ciertas potestades a sujetos jurídico-privados), la *Indienstnahme* no es una categoría con relevancia organizativa directa, sino que despliega sus efectos, primero de todo, sobre la relación que existe entre el Estado y el sujeto privado obligado y, en consecuencia, llama la atención, principalmente, sobre la cuestión de la protección de la posición jurídica de ese sujeto privado[106]. La distinción que propone Burgi entre una privatización organizativa y una privatización funcional descansa, precisamente, en esta diferenciación[107]. En las fórmulas del primer tipo, como es el caso de la *Beleihung* o de las entidades jurídico-privadas en mano pública, no se altera la responsabilidad pública, sino

---

[104] Ipsen, 1950: 145-146. La cita literal es: «Ihnen werden gesetzlich Aufgaben der Steuereinbehaltung und -abführung auferlegt, die die Steuerverwaltung ohne Inanspruchnahme dieser ihrer "Hilfsorgane" selbst erledigen müßte».

[105] Burgi, 2010: 324, núm. marg. 31.

[106] Lennartz, 2019: 437.

[107] Burgi, 2010.

la forma de hacerse cargo de esa responsabilidad; lo que cambia es el esquema organizativo. En las fórmulas del segundo tipo ocurre lo contrario, y lo que sufre modificación es el grado de responsabilidad de la Administración respecto de la ejecución de determinadas tareas, no su organización. En esta segunda clase es donde se entiende aquí que se puede incluir la *Indienstnahme*. Si bien, hay que reseñar que la propuesta de Burgi prescinde de la noción de *Indienstnahme* y emplea la de *Verwaltungshilfe*; es decir, toda contribución de sujetos jurídico-privados a la acción de administrar. Apartado del criterio general[108], este autor entiende que el concepto de *Indienstnahme* debe abandonarse[109] porque se trata en realidad de otro supuesto más de asistencia de personas jurídico-privadas a la Administración; su único rasgo distintivo es que tiene su origen en una disposición legal y no en otra fuente de obligaciones, p. ej., en un contrato[110].

Se entiende, en consecuencia, que la posibilidad de imputar la actuación de las personas jurídico-privadas obligadas por una *Indienstnahme* al Estado, y de exigirle responsabilidad, pasa en todo caso por asumir que no se puede considerar esas personas ni como órganos, ni como agentes o representantes suyos, sino como sus sustitutos o reemplazo en el ejercicio de una determinada función o tarea[111].

III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*

1. Planteamiento

Cuando la ley que crea una *Indienstnahme* traslada a personas jurídico-privadas la responsabilidad de realizar funciones o tareas adicionales, está afectando su libertad, y a la vez, está trasladándoles los costes que son necesarios para la ejecución de tales tareas. Esto puede suponer una desigualdad de trato. A la luz de la Ley Fundamental, se corre el riesgo de vulnerar la libertad de profesión del art. 12, la garantía de la propiedad del art. 14, y el principio de igualdad del art. 3. A la luz del Derecho constitucional austríaco, el perjuicio puede causarse a la libertad de actividad económica del art. 6 de la Ley Fundamental Estatal sobre los Derechos Generales de los Ciudadanos[112], a la garantía

---

[108] Entre otros muchos ejemplos, *vid*. Heintzen, 2003: 255 y ss.; Vosskuhle, 2003: 299-300.

[109] *Ibid*., 313, nota a pie de página núm. 32.

[110] *Ibid*., 324 y ss.

[111] Pielow, 2001: 453.

[112] En virtud del art. 149 de la Constitución Federal, sigue en vigor en su versión de 1918 esta ley, la denominada *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die*

sobre la propiedad del art. 5 de la misma ley, y al principio de igualdad de los arts. 7 de la Constitución Federal y 2 de la ley mencionada.

Se podría plantear que la situación viola también la prohibición de trabajo forzoso del art. 12.2 de la LF y el art. 4 del CEDH, pero el recorrido de la tesis es corto porque esta prohibición se concibe como una protección frente a la imposición de trabajos que despojan de su dignidad a las personas sometidas[113]. La doctrina rechaza casi unánimemente[114] calificar las obligaciones de una *Indienstnahme* como objeto del art. 12.2 de la LF[115]. Con una argumentación similar, cuando se le ha planteado esta cuestión al Tribunal Constitucional austríaco, este ha entendido que las obligaciones impuestas por una *Indienstnahme* son obligaciones cívicas habituales, que no cualifican como un tipo de represión inadmisible, y que no son patentemente injustas[116]. Tampoco se admite en Austria que la Indienstnahme viole la prohibición de trabajo forzoso.

Todas estas injerencias en el ejercicio de determinados derechos que una *Indienstnahme* implica requieren de justificación para ser constitucionalmente válidas. Además, se ha de respetar la previsión del art. 33.4 de la LF que, con carácter general, confía el ejercicio de facultades de soberanía a los funcionarios públicos[117]. Como se ha adelantado, antes que nada, la *Indienstnahme* debe perseguir un propósito legítimo que respete el marco general de propósitos y funciones del Estado (los *Staatsziele* y las *Staatsaufgaben*).

2. Sobre la legitimidad de obligar a una persona jurídico-privada a cooperar

El ejemplo de la obligación de los transportistas locales de prestar gratuitamente sus servicios a aquellas personas gravemente impedidas

---

im Reichsrate vertretenen Königsreiche und Länder. Fue sancionada por el emperador Francisco José el 21 de diciembre de 1867 junto con el resto de las leyes que integraban la denominada constitución de diciembre, la *Dezemberverfassung*. Esta última estaba integrada por una serie de leyes de carácter constitucional destinadas a adaptar el imperio habsbúrguico al acuerdo político de equiparación entre las partes austríaca y húngara. Esta ley es la única que sigue en vigor de todas las que formaban aquella constitución. Se puede encontrar una breve explicación en Herrera García, 2011: 11-13.

113 *Vid*. Jarass, 2007: 107.

114 P. Kirchhof aboga por una comprensión amplia del trabajo forzoso que incluya las obligaciones derivadas de la *Indienstnahme*. *Vid*. Jarass, 2007: 107, nota a pie de página núm. 24.

115 *Vid*. Plewa, 1978: 77-79.

116 Damjanovic, 2017: 142.

117 «El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público».

en su movilidad y a sus acompañantes sirve para exponer el razonamiento del TCF. Esta obligación se introdujo por medio de un decreto dictado en beneficio de los minusválidos de guerra[118] y, desde entonces, ha sido objeto de adaptación mediante sucesivas modificaciones[119], así como de resoluciones del Tribunal Administrativo Federal y del TCF. La primera revisión de la normativa tuvo lugar en 1965[120] a raíz de una sentencia del Tribunal Administrativo Federal[121], la segunda en 1979 con la aprobación de una nueva ley que extendía la protección a personas que no eran veteranos de guerra[122]. A finales de 1983 la ley de acompañamiento a los presupuestos de 1984[123] actualizó el sistema de compensación previsto para estos transportistas por la ley de 1979. La impugnación de la disposición que se ocupaba de la compensación (el art. 60 de la ley de 1979) fue objeto del auto del TCF de 17 de octubre de 1984, que declaró que esta contravenía parcialmente la Ley Fundamental. El año 2001 el noveno libro del Código Social derogaría la ley de 1979 e incorporaría un sistema de compensación a los transportistas esencialmente igual al anterior. Con efectos de 1 de enero de 2005, se introdujo una reforma a este sistema de compensación[124] que se impugnó. Por medio de auto de 19 de marzo de 2014 se inadmitió el recurso, entre otras razones, por estar infundado[125].

La resolución del TCF de 1984[126] se fundamentó en que la opción de trasladar a los empresarios la obligación de transportar gratuitamente a aquellas personas que no pueden hacerse cargo de su propia

---

[118] Decreto de 23 de diciembre de 1943, publicado en el *RGBl* I de 8 de enero de 1944, núm. 2, p. 5.

[119] La explicación del recorrido histórico se puede encontrar en el Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155.

[120] Mediante la ley sobre el transporte gratuito de inválidos de guerra del servicio de defensa y de otras personas discapacitadas en el transporte local (*Gesetz über die unentgeltliche Beförderung von Kriegs- und Wehrdienstbeschädigten sowie von anderen Behinderten im Nahverkehr*), publicada en el *BGBl* I de 1 de septiembre de 1965, núm. 44, p. 978.

[121] Auto del Tribunal Administrativo Federal de 15 de mayo de 1962 con referencia VII C 36.59, recogido en el vol. 14 de la colección del tribunal, p. 160.

[122] Mediante la ley sobre el transporte gratuito de personas gravemente discapacitadas en el transporte público *(Gesetz über die unentgeltliche Beförderung Schwerbehinderter im öffentlichen Personenverkehr)*, publicada en el *BGBl* I de 17 de julio de 1979, núm. 38, p. 989.

[123] Ley sobre medidas para aliviar los presupuestos públicos y sobre la estabilización de la evolución financiera del seguro de pensiones así como sobre la prolongación de la exacción por ayuda a la inversión (Ley de acompañamiento de 1984) *[Gesetz über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitsgesetz 1984)]*, publicada en el *BGBl* I de 24 de diciembre de 1983, núm. 53, p. 1532.

[124] Ley de 21 de marzo de 2005 sobre la simplificación del procedimiento administrativo en el ámbito del Derecho social *(Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht)*, publicada en el *BGBl* I de 29 de marzo de 2005, núm. 18, p. 818.

[125] Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10.

[126] Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155.

movilidad es constitucionalmente válida [127]. El auto no reparó en si es razonable o legítimo que, para esta tarea o función en concreto, el Estado reprograme su responsabilidad y le traslade parte a personas jurídico-privadas. De hecho, el tribunal comenzó por afirmar que la constitucionalidad de esta *Indienstnahme* en cuestión debía medirse teniendo en cuenta los arts. 12.1 (derecho al libre ejercicio de la profesión) y 3 (principio de igualdad). El tribunal no cuestionó la decisión del legislador de obligar a los transportistas. Esto es, su atención se dirigió a dilucidar si la intromisión en la libertad e igualdad de estos transportistas era tolerable, habiendo dado por supuesto que se les puede compeler a hacerlo. Los límites que se marcaron son de carácter subjetivo (los derechos de las personas cuyos derechos se afectan) partiendo de que se respetan los objetivos (la razonabilidad y fines del reajuste de responsabilidades públicas). Este modo de discurrir se repitió en un auto de 2014 [128] y es el que se puede apreciar también, p. ej., en las decisiones que reconocen la constitucionalidad de obligar a instituciones financieras a retener y deducir plusvalías de capital mobiliario [129], o la constitucionalidad de obligar a hosteleros a recaudar e ingresar impuestos locales por pernoctación turística [130].

Sin embargo, cuando el tribunal analizó la constitucionalidad de la ley que obligaba a las empresas del sector a mantener almacenada una cantidad mínima de derivados del petróleo [131], sí que se detuvo en analizar la constitucionalidad del reclutamiento desde un punto de vista más objetivo y reflexionó acerca de la razonabilidad de trasladar una responsabilidad allende la organización de las Administraciones públicas. Proclamó que la opción del legislador por el reclutamiento de sujetos jurídico-privados no es inconstitucional de por sí [132], y recurrió, como se ha explicado arriba, a indicios que hablaran de la razonabilidad de la decisión.

---

[127] *Ibid*., C I.

[128] Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10.

[129] Auto del TCF de 29 de noviembre de 1967 en el asunto 1 BvR 175/66, recogido en el vol. 22 de la colección del tribunal, p. 380.

[130] Auto del TCF de 22 de marzo de 2022 en los asuntos 1 BvR 2868, 2886, y 2887/15, y 354/16.

[131] Ley de 9 de septiembre de 1965 sobre el almacenamiento mínimo de derivados del petróleo (*Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen*), publicada en el *BGBl* I de 14 de septiembre de 1965, núm. 49, p. 1217.

[132] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en los asuntos 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292, § 57. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Constitucional de Austria. Las referencias a las resoluciones se pueden encontrar en Damjanovic, 2017: 144, nota a pie de página núm. 91; entre otras, p. ej., la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo del 2000 en el asunto G141/99 ua, recogida en la p. 15773 de la colección del tribunal de ese año.

En concreto, se detuvo en el tipo o contenido de la función o tarea que se trasladaba a las empresas privadas[133]. ¿Se estaba trasladando a sujetos jurídico-privados tareas que solo le corresponde al Estado hacer? En este caso la respuesta era no, porque las tareas en sí consistían en adoptar determinadas decisiones de tipo empresarial y no en un ejercicio de soberanía. ¿Era la tarea que se trasladaba de interés general? Sí, porque el almacenamiento podía amortiguar el impacto en la economía de la república de fluctuaciones inesperadas en el mercado internacional de crudo. ¿Estaban estas tareas al alcance de las empresas obligadas? Sí, porque se trataba de medidas que las empresas ya adoptaban en su actividad ordinaria, pero que eran novedosas en cuanto que se orientaban a la consecución del interés general tal como la ley lo definía. Se podría oponer que la ley victimizaba estas empresas por dispensarles un trato particularmente gravoso y desigual en comparación con el resto de sujetos, pero este trato desigual se puede sostener si es proporcionado, y se entiende que lo es si concurren circunstancias que justifican el nuevo de reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad que se impone con la *Indienstnahme*. Estas circunstancias incluyen las que se han apuntado en el apartado anterior: propósito o *telos* de las obligaciones impuestas (¿Se trata solo de aligerar las cargas públicas?), proximidad material entre la actividad del sujeto y las obligaciones impuestas (*Sachnähe*), y conexión en sentido amplio entre estas últimas y la esfera subjetiva de los obligados.

3. Sobre la injerencia en determinados derechos subjetivos

El TCF se ha detenido igualmente en la merma que supone una *Indienstnahme* en los derechos y libertades de las personas jurídico-privadas obligadas. Se ha centrado en el libre ejercicio de la profesión, en la protección de la garantía patrimonial, y en el principio de igualdad. El análisis pasa por juzgar si las restricciones impuestas se adecuan al principio de proporcionalidad. El razonamiento del Tribunal Constitucional austríaco es esencialmente el mismo[134].

El TCF entiende, en primer lugar, que la obligación que se impone a un transportista de desplazar gratuitamente a personas seriamente impedidas es una restricción al libre ejercicio de la profesión[135], aunque se prevea una compensación por hacerlo. Afirma que esta obligación no condiciona el acceso a la profesión en tanto que no constituye una barrera que impida su elección como modo de vida, ni tampoco hace

---

[133] *Ibid*.

[134] *Vid*. Zellenberg, 2017: 159.

[135] Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155, C I. Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10, B II., § 17.

fácticamente imposible su ejercicio[136]. Más bien, lo que se condiciona es el ejercicio de una actividad profesional ya elegida, razón por la cual las obligaciones que se imponen son equiparables a las que implica la regulación del ejercicio de la profesión.

En línea con la doctrina preexistente, el TCF admite tales restricciones si existen razones de interés general de suficiente peso, si las restricciones establecidas son el medio adecuado y necesario para alcanzar ese interés, y si, ponderado el perjuicio de la injerencia con los motivos que se persigue, se está dentro de los límites de lo razonable[137]. Es decir, se admiten si son proporcionadas. Y este fue el caso de la obligación de transportar a personas impedidas que recae sobre empresarios de ámbito local. El tribunal entendió que estaba justificada porque se trataba de perseguir un objetivo socialmente justificado, la medida era adecuada y necesaria puesto que no cabía alternativa, y razonable[138]. En pronunciamientos más recientes, como, p. ej., el que recayó sobre la obligación de recaudar una tasa turística, se ha argumentado de un modo idéntico, justificándose la injerencia en el ejercicio de la profesión sobre la base de que era adecuada, necesaria y razonable[139].

En segundo lugar, el TCF se plantea hasta qué punto es constitucionalmente admisible el perjuicio económico que causa una *Indienstnahme*.

En este punto doctrina académica y judicial divergen[140]. El TCF *no* se ha pronunciado con carácter general en línea con manifestaciones como la de Ipsen de que el coste económico que las obligaciones derivadas de una *Indienstnahme* requieren de compensación[141] o la de Depenheuer de que la solidaridad exigible al ciudadano debe quedar ceñida estrictamente a las obligaciones fiscales y que lo que de ahí exceda debe compensarse con cargo al presupuesto público[142]. Por ejemplo, respecto de la obligación de almacenamiento de crudo que se impuso a las empresas dedicadas a su importación, el tribunal afirmó que el legislador no está constitucionalmente obligado a adoptar medidas positivas para proteger a esas empresas de una pérdida de rentabilidad, sino que bastaba para salvar la constitucionalidad de la norma el que no se les impidiera poder adoptar medidas para evitar o paliar la dis-

---

136 *Ibid*., C I. 1.

137 *Ibid*., C I. 2.

138 *Ibid*.

139 Auto del TCF de 22 de marzo de 2022 en los asuntos 1 BvR 2868, 2886, y 2887/15, y 354/16, §§ 149-151.

140 *Vid*. Drüen, 2012: 19-26.

141 *Vid*. el apartado II. 1. de este capítulo.

142 Esta tesis está mencionada en Zellenberg, 2017: 161; *vid*. la nota a pie de página núm. 208. El propio Depenheuer alude a esta idea en Depenheuer, 2007: 54.

minución de rentabilidad[143]. La pregunta crucial para el tribunal es si la ley impide a los obligados poner los medios para salvar el perjuicio que les causa la obligación impuesta, no si se ha creado un mecanismo de compensación. En este caso concreto, la ley no impedía repercutir los costes a los consumidores[144].

El razonamiento del tribunal sugería una apreciación que ya se ha hecho: es del todo determinante la conexión o cercanía que exista entre la obligación que el interés general demanda (en este caso el almacenamiento) y la actividad habitual del obligado (importar estos productos). De por sí, el hecho de conocer de cerca una actividad en la que el interés general está especialmente en juego, es decir, el que exista una relación más intensa entre una necesidad de interés general y la esfera subjetiva de determinados sujetos, es suficiente para que el tribunal deje recaer sobre esos sujetos y a su costa una responsabilidad adicional, incluso si se pone en entredicho la rentabilidad que hasta la fecha venían obteniendo. Podría bastar para salvar la proporcionalidad de lo exigido el que los obligados tengan la libertad de tomar medidas para acomodar el impacto económico de las obligaciones que se les impone. Este razonamiento estaba contenido en la frase que afirmaba que «El almacenamiento de productos petrolíferos no es una actividad ajena por completo a la actividad de los importadores de petróleo»[145].

En casos excepcionales, sin embargo, para que se puedan considerar como proporcionadas determinadas restricciones de intensidad alta, al legislador no le quedará más alternativa que compensar económicamente a los obligados; por esta razón decidieron hacerlo así los parlamentos de Bremen y Hamburgo al autorizar la confiscación de inmuebles vacíos para alojar a refugiados y solicitantes de asilo[146]. A pesar de que la indemnización no debe ser el medio ordinario de asegurar que una restricción al derecho a la propiedad privada respete la garantía patrimonial del art. 14.1 LF, cuando no quede alternativa, la indemnización puede ser el modo adecuado de salvar la proporcionalidad de tal restricción[147].

El tribunal lo expresó en este sentido cuando se le preguntó acerca de la ley de Renania-Palatinado sobre protección y mantenimiento de monumentos histórico-culturales en relación con un supuesto en el que el titular de un inmueble susceptible de protección no podía darle uso, no podía demolerlo, y tenía que hacer frente a cuantías muy sus-

---

[143] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292, §§ 92-93.

[144] *Ibid*., § 93.

[145] *Ibid*., § 91.

[146] El ejemplo se desarrolla en el apartado siguiente.

[147] Auto del TCF de 2 de marzo de 1999 en el asunto 1 BvL 7/91, recogido en el vol. 100 de la colección del tribunal, p. 226, §§ 95-98.

tanciales para mantenerlo en el estado que exigía la normativa[148]. La compensación era una alternativa razonable en este caso, la otra era autorizar la demolición del monumento[149]. El tribunal optó por dar un plazo al legislador para que ajustara a la Ley Fundamental la norma que preveía la compensación económica (el art. 31)[150] y expuso los requisitos que una norma que prevé una compensación a una restricción a la propiedad privada debe satisfacer: la norma debe emanar de un parlamento y debe ser de carácter legal[151]. Dicha norma no debe limitarse a asegurar que el propietario recibe una cantidad pecuniaria, sino que debe tratar de salvar la utilidad privada del bien en la medida de lo posible[152]. La Administración que ejecute la restricción y que compense debe hacerlo previa ponderación de la proporcionalidad de su actuación, tal como tiene que hacer el legislador al dictar la norma que establece la restricción y su compensación[153].

Debe señalarse que, desde que el tribunal dictara el auto sobre la obligación de almacenar derivados del crudo, el perjuicio económico causado por una *Indienstnahme* se concibe como vulneración de la libertad de ejercicio de una profesión y no de la garantía patrimonial, cuando lo que se está afectando es una rentabilidad o beneficio todavía por llegar[154]. Es cierto que, inicialmente, el tribunal enfocó la problemática como una posible vulneración de la garantía patrimonial[155]. Después, sin embargo, adoptó la fórmula doctrinal que distingue entre la protección de lo adquirido, es decir, la protección del *objeto*, del resultado de una actividad ya ejecutada (protegido por el art. 14.1 LF), y la protección de la acción o *actividad personal* de adquirir (protegida por el art. 12.1 LF). Para que se pudiera apreciar una vulneración de la garantía patrimonial, por tanto, las obligaciones aparejadas a la *Indienstnahme* deberían perjudicar posiciones patrimoniales ya adquiridas. De ahí que, cuando el tribunal se planteó la constitucionalidad del sistema de compensación que la ley establecía para los empresarios que transportaban gratuitamente a personas seriamente impedidas, lo hizo a la luz del art. 12.1 de la LF (libre ejercicio de la profesión).

Hay un tercer límite que menciona repetidamente el tribunal: el principio de igualdad. Su centralidad se aprecia también en las resolu-

---

148 Auto del TCF de 2 de marzo de 1999 en el asunto 1 BvL 7/91, recogido en el vol. 100 de la colección del tribunal, p. 226.

149 *Ibid*., §§ 107-108.

150 *Ibid*., § 105.

151 *Ibid*., § 100.

152 *Ibid*., § 101.

153 *Ibid*., § 102.

154 *Vid*. Drüen, 2012: 21.

155 Auto del TCF de 24 de septiembre de 1965 en el asunto 1 BvR 228/65, recogido en el vol. 19 de la colección del tribunal, p. 119.

ciones sobre situaciones de *Indienstnahme* del Tribunal Constitucional austríaco[156].

Precisamente fue por quebrar el principio de igualdad que el TCF apreció que el sistema de reembolso vigente hasta el 31 de marzo de 1984 para compensar a los empresarios obligados a transportar gratuitamente a inválidos no se ajustaba a la Ley Fundamental[157]. El sistema preveía una compensación para las empresas de transporte calculada sobre un único porcentaje fijado previamente para cada *Land* que se aplicaba a los ingresos totales del ejercicio de cada empresa. Para aquellas empresas que, por alguna razón, tuvieran que transportar gratuitamente un porcentaje inusualmente alto de viajeros de este tipo, no estaba previsto un procedimiento que permitiera reclamar la diferencia entre esta indemnización calculada a tanto alzado y el perjuicio económico real que estaban sufriendo. Este era el caso de las empresas de transporte que operaban en zonas turísticas de recreo y descanso. Estas tenían que transportar gratuitamente a un número inusualmente elevado de esta clase de viajeros en comparación con las empresas que operaban en lugares que no eran de recreo y a los que no acudía un número tan elevado de personas con necesidades especiales de movilidad. El tribunal apreció que con esta diferencia en la compensación se había creado una desigualdad injustificada dentro de la profesión[158] que estaba deslegitimando la restricción al libre ejercicio de la profesión que el transporte gratuito constituía en sí. Para que el sistema de compensación establecido fuera conforme a la Ley Fundamental, se debía incorporar un cauce especial para compensar a las empresas que se veían obligadas a soportar una excesiva onerosidad.

Fue también por vulnerar el principio de igualdad que el TCF apreció que la obligación de mantener un mínimo de productos derivados del crudo impuesta a los importadores «independientes» (los que no son grandes empresas del sector ni refinerías) no se ajustaba a la Ley Fundamental[159]. La obligación introducía una desigualdad en el seno de la profesión del comercio de hidrocarburos en perjuicio de este grupo de empresas. A estas últimas se les obligaba a una carga desproporcionadamente pesada en comparación con las otras empresas de la profesión que suponía un trato igual a situaciones desiguales (la de las grandes empresas y la de las empresas independientes). En último término, esta desigualdad no justificada constituía una restricción ilegítima al libre ejercicio de su profesión protegido por el art. 12.1 LF[160].

---

[156] *Vid*. Damjanovic, 2017: 143.

[157] Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155, C.

[158] *Ibid*., C II.

[159] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292.

[160] *Ibid*., §§ 116-125.

IV. TRES EJEMPLOS DE OBLIGACIONES TUITIVAS COMO EXPRESIONES EN EL ÁMBITO SOCIAL DE UNA SITUACIÓN DE *INDIENSTNAHME PRIVATER*

Como se sugería al comienzo de este capítulo[161], el contenido concreto de una situación de *Indienstnahme* puede ser tan variado como lo es el interés general en sí, motivo por el cual no parece desacertado comprender dentro de esta noción las obligaciones tuitivas. Invita a hacerlo el dato de que más de un texto califique situaciones en las que se imponen obligaciones de finalidad social como de *Indienstnahme*[162].

Este ha sido el caso de múltiples obligaciones; por ejemplo: de las obligaciones de notificación y retención que se imponen a los empleadores respecto de las obligaciones sociales y laborales de sus trabajadores[163], de las que tienen que ver con la contratación de personas discapacitadas[164], de la de transportar gratuitamente personas inválidas[165], de las que tienen por propósito garantizar un suministro básico de electricidad a consumidores vulnerables[166], de las obligaciones que facilitan el acceso a una cuenta bancaria básica de pago a personas vulnerables[167], o de la obligación de tolerar la confiscación temporal de un inmueble vacío para el alojamiento de refugiados[168]. Es más, tres de estos supuestos han sido objeto de estudio asumiendo como válida su calificación como situaciones de *Indienstnahme*[169]. En los tres, esta noción y su elaboración doctrinal son un atajo que conduce rápido al fondo de su problemática jurídica. Merece la pena sintetizar los supuestos en los propios términos de la doctrina de la *Indienstnahme* para mostrar lo conveniente que es esta categoría para el estudio de las obligaciones tuitivas.

Los dos primeros supuestos se traen de la jurisdicción austríaca, el tercero de la alemana. Los dos primeros son consecuencia de la transposición de normativa de la Unión Europea incorporada también al ordenamiento español y a la que se hace referencia en el capítulo III de este libro; se corresponden con las obligaciones que se imponen a los operadores de la red con el fin de garantizar un suministro eléctrico básico, y las que se imponen a instituciones financieras para garantizar

---

161 *Vid*. los párrafos iniciales del apartado II.

162 Es el caso en Jarass, 2007, Guckelberger *et al*., 2016, o Damjanovic, 2017.

163 *Vid*. Fuchs, 2018.

164 *Vid*. Zellenberg, 2017: 144, nota a pie de página núm. 98.

165 *Vid*. Jarass, 2007.

166 *Vid*. Damjanovic, 2017: 130-135.

167 *Ibid*., 136-141.

168 *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016.

169 En el tercero de los ejemplos la referencia es al sinónimo *Inpflichtnahme*; *vid*. Damjanovic, 2017: 1093.

el acceso a una cuenta de pago a consumidores vulnerables. El tercer supuesto se refiere a la posibilidad de confiscar de bienes inmuebles vacíos para el alojamiento urgente de refugiados.

1. Las obligaciones de garantizar un suministro eléctrico básico y de garantizar el acceso a una cuenta bancaria básica a consumidores vulnerables en la legislación austríaca[170]

Las normas de la Unión Europea sobre el mercado de la electricidad y sobre cuentas de pago ordenaron la adopción de una serie de medidas de protección de los consumidores fundamentadas en la decisión de los Estados Miembros de promover a través de la Unión el progreso social[171], el valor de la solidaridad[172], una economía social de mercado[173], así como de combatir la exclusión social[174]. Estas normas estaban y están contenidas en dos directivas: en la Directiva 2009/72/CE (derogada y reemplazada por la Directiva (UE) 2019/944) y en la Directiva 2014/92/UE (en vigor). En Austria su trasposición se hizo efectiva por medio de dos leyes federales: la ELWOG[175] y la VZKG[176], ambas en vigor.

Con el fin de asegurar el acceso de todos a la energía eléctrica, el art. 77 de la ELWOG obligó a los operadores de red a proporcionar un suministro básico o mínimo de electricidad a todo consumidor que lo solicite, también si ese consumidor se encontrara en situación de impago, y sin que se pudiera exigir al consumidor solicitante la constitución de garantías, ni pagos anticipados, por una cantidad superior a una cuota mensual[177]. La obligación de los operadores de red de prestar el suministro básico no exonera a los consumidores del pago del suministro, pudiendo un operador incluso desconectar físicamente de la red a un consumidor cuando incurra en su primer impago una vez en marcha el suministro básico solicitado, salvo que este último se hubiera comprometido a pagar por adelantado[178]. Estas no son las únicas disposiciones de la ley diseñadas para proteger a los consumidores, pero sí son las que más sacrificio exigen de los operadores de red; es decir las más gravosas de entre las que protegen a un tercero: las más tuitivas.

---

[170] El texto indispensable para este análisis es Damjanovic, 2017.

[171] Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE).

[172] Artículo 2 TUE.

[173] Artículo 3.3 TUE.

[174] Artículo 3.3 TUE.

[175] Ley del mercado y organización de la energía eléctrica de 30 de noviembre de 2010 (*Elektrizitätswirtschafts- und organisationsgesetz*).

[176] Ley de cuentas de pago para consumidores (*Verbraucherzahlungskontogesetz*) de 28 de abril de 2016.

[177] Artículo 77.1 y .4 ELWOG.

[178] Artículo 77.4 ELWOG.

En la misma dirección apuntan algunas de las disposiciones de la VZKG, que, tienen por propósito, entre otros, evitar que los denominados consumidores susceptibles de especial protección social y económica, o vulnerables[179], queden privados del acceso a una cuenta bancaria que les permita recibir cobros y ordenar pagos. En consonancia con la directiva que transpone, esta ley reconoce a todo consumidor que resida legalmente en la Unión, independientemente de cuál sea el sitio en el que lo haga, el derecho a abrir y utilizar una cuenta de pago con funciones básicas en una entidad de crédito con sede en Austria[180]. La VZKG también prohíbe el que las entidades de crédito puedan impedir el acceso a dicha cuenta por motivos que impliquen una discriminación injustificada[181]. Las únicas razones que permiten rechazar una solicitud de apertura de cuenta de pago se reducen a dos: que el consumidor solicitante ya tenga abierta una cuenta de ese tipo en otra entidad en Austria, o que esté pendiente contra él un procedimiento penal por un delito doloso del cual resulte un perjuicio a la entidad de crédito a la que le está solicitando la apertura de la cuenta, o a uno de sus empleados[182]. Para los grupos de consumidores susceptibles de especial protección social y económica, esta ley preveía que la cantidad máxima que a estos se les puede cobrar no puede superar la mitad de la cantidad máxima que se puede cobrar a otros consumidores; es decir, no puede superar 40 euros en lugar del máximo de 80 euros aplicable con carácter general[183].

Se puede trasladar a estas obligaciones tuitivas el esquema doctrinal de la *Indienstnahme*[184]. Se concluye rápido que lo que subyace es que la responsabilidad específica de satisfacer determinadas tareas o funciones que las directivas le asignan a la República de Austria con carácter vinculante, esta las descarga sobre personas jurídico-privadas

---

[179] Nótese que en las versiones de lengua alemana de las normas el término que se emplea para denominar lo que en español se identifica como vulnerable es el de consumidor necesitado o susceptible de protección (*schutzbedürftig*), pero no un término que aluda a la idea de herida como lo hace «vulnerable», tal como indica el hecho de que se ha renunciado a los adjetivos *verletzlich* o *verwundbar*. Se aprecia así, p. ej., en el caso de la Directiva 2009/72/CE o en la VZKG austríaca. Sobre el contenido del término consumidor vulnerable y su idoneidad, *vid*. el capítulo VI de este libro.

[180] Artículo 23 VZKG. Se especifica en el apartado 2 del mismo que este se derecho se extiende a aquellas personas que carezcan de domicilio fijo, a los refugiados, y a los solicitantes de asilo en el sentido del art. 2.1.14 de la Ley de Asilo de 2005, y a los consumidores sin derecho de residencia que no puedan ser expulsados de Austria por razones de hecho o de derecho.

[181] Artículo 22 VZKG.

[182] Artículo 24 VZKG.

[183] Artículo 26 VZKG.

[184] El análisis de las obligaciones que imponen la ELWOG y la VZKG bajo el prisma de la *Indienstnahme* se ha hecho en Damjanovic, 2017. Este capítulo tiene un enfoque distinto puesto que lo que interesa más es poner de relieve que el concepto de *Indienstnahme* y lo que sobre él se ha reflexionado por la doctrina académica y jurisprudencial es una vía directa para dar con la problemática jurídica de fondo de las obligaciones tuitivas.

que habitualmente se ocupan del suministro de energía eléctrica y de las cuentas de pago. Al transponer las directivas, la ELWOG y la VZKG introducen una novedad en las responsabilidades y tareas o funciones del estado austríaco, en tanto colocan a este en la posición de garante y responsabilizan de la ejecución concreta a operadores del mercado eléctrico y entidades financieras, respectivamente. Estas leyes no incorporan a estas personas jurídico-privadas al esquema organizativo de la Administración austríaca, sino que les obligan a sustituir a la Administración en el ejercicio de una tarea que, en principio, le correspondería a ella. Tomando prestada la terminología de Burgi, desde una perspectiva organizativa se podría describir la situación como una privatización funcional de carácter imperativo de la tarea del Estado y su Administración de asegurar la procura existencial de sus ciudadanos en dos aspectos concretos (suministro eléctrico y cuentas de pago).

La misma idea de *Indienstnahme* conduce enseguida al núcleo de la problemática de los dos ejemplos. La primera cuestión que se plantea es la de la legitimidad de corresponsabilizar con la Administración austríaca a personas jurídico-privadas. Para llegar a una conclusión al respecto, la doctrina de la *Indienstnahme* invita a tener en cuenta, primero, la *Sachnähe* o cercanía entre los servicios a prestar (en este caso, un suministro eléctrico básico, la provisión de cuentas de pago básicas) y la actividad ordinaria de las personas jurídico-privadas *reclutadas* (en este caso operadores de red y entidades financieras). Se ha de tener en cuenta, en segundo lugar, el grado de riesgo o beneficio de los obligados en la ejecución de las obligaciones tuitivas impuestas; sería, por tanto, relevante, el beneficio o perjuicio económico que se obtenga de proporcionar suministro eléctrico básico y cuentas de pago básicas. Y se ha de tener en cuenta la proporcionalidad del impacto de las obligaciones impuestas en la esfera subjetiva de las empresas afectadas. La nueva sensibilidad social, p. ej., en lo concerniente al problema de la pobreza energética, no debería ignorarse.

La doctrina de la *Indienstnahme* simplifica el modo de aproximarse a la problemática desde la perspectiva más subjetiva de las empresas obligadas a prestar servicios sociales. Sugiere, primero, que ni la ELWOG ni la VZKG pueden introducir restricciones desproporcionadas al libre ejercicio de profesión. Las medidas más problemáticas a este respecto son el límite que constituye en sí una garantía máxima por impago de una cuota mensual que la ELWOG prevé, y la compensación anual máxima de 40 euros que la VZKG establece para las cuentas básicas de pago de los consumidores susceptibles protección. Procede la ponderación de la proporcionalidad de estas obligaciones teniendo en cuenta las potenciales desigualdades que se pudieran introducir en el seno de los grupos de profesionales de las empresas afectadas. Respecto a la cuestión de si procede indemnización por el perjuicio económico con el que se lastra la actividad de las empresas afectadas por las leyes,

no existe una respuesta clara y rápida de la pregunta. En este caso son relevantes para llegar a una conclusión acerca de la proporcionalidad del esfuerzo económico que demandan las leyes —otra vez— la conexión o familiaridad entre los operadores del sector eléctrico y las entidades financieras y las obligaciones que se les traslada, la cuantía del perjuicio económico que implica la prestación de los servicios exigida, y las posibilidades que ofrece la ley a las empresas afectadas de proteger su rentabilidad, p. ej. permitiendo repercutir gasto a otros consumidores de electricidad y servicios financieros.

2. La confiscación de bienes inmuebles vacíos para alojar refugiados y solicitantes de asilo en las ciudades de Bremen y Hamburgo durante la crisis migratoria de 2015

La crisis migratoria del 2015 amenazaba con desbordar las capacidades de la República Federal de Alemania. Había que adoptar medidas para que se cumpliera el comprometido «*Wir schaffen das!*» (podemos, lo conseguiremos)[185]. La propia ley federal de asilo establecía un mecanismo de distribución de los solicitantes entre los estados federados para cumplir con la previsión de que estos residieran en centros de acogida[186], y la ley de aceleración del procedimiento de asilo de octubre de 2015 modificó algunas disposiciones del código de la construcción para rebajar los requisitos de habitabilidad de los inmuebles destinados al alojamiento. No obstante, la responsabilidad de proporcionar un techo a todas esas personas recaía en gran medida sobre los municipios, los cuales afrontaban muy serias dificultades para cumplir[187]. No podían acogerse estos a una disposición federal que les permitiera disponer de inmuebles de titularidad privada, ni tampoco se preveía en el futuro cercano ninguna medida en este sentido en el plan normativo del Gobierno[188]. En esta coyuntura, las cámaras legislativas de las ciudades-estado de Bremen y Hamburgo fueron las primeras que modificaron sus normas de policía y autorizaron la confiscación de inmuebles de titularidad privada para proveer de alojamiento a refugiados y solicitantes de asilo[189].

---

[185] La expresión se convirtió en eslogan unificador frente a la crisis desde que la entonces canciller A. Merkl la empleara por primera vez en una rueda de prensa en Berlín el 31 de agosto de 2015.

[186] Artículo 50 en relación con el 47 de la ley de asilo (*Asylgesetz*).

[187] El supuesto y su contexto está tomado de Guckelberger *et al*., 2016, artículo indispensable para este caso concreto.

[188] *Ibid*.

[189] El Parlamento de Bremen introdujo con efectos de 22 de octubre de 2015 un nuevo art. 26 a) en su ley de policía (*Bremisches Polizeigesetz*). Este artículo está hoy derogado. El Parlamento de Hamburgo introdujo con efectos de 2 de octubre de 2015 un nuevo art. 14 a) en su ley de protección de la seguridad y orden públicos *(Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung)*. Este artículo está derogado con efectos del próximo 31 de marzo de 2026.

La medida que se permitía adoptar era excepcional, pues excepcional era la situación, circunstancia que hacía que esta *Indienstnahme* fuera sensiblemente distinta a otras. Esta intromisión, que en sí constituiría una confiscación, debía cumplir una serie de requisitos destinados a asegurar que era realmente necesaria y se ajustaba a los límites de lo imprescindible. La modificación legal que se introdujo en Bremen preveía que la confiscación a un particular solo estaba justificada cuando se tratara de inmuebles de más de 300 m^2 de superficie, vacíos, que no estaban siendo utilizados, y solo en aquellos casos en los existía un peligro considerable y actual[190] que comprometiera la vida o integridad física de refugiados que, por causas no imputable a ellos, no tuvieran techo, y para los cuales la Administración no tuviese un lugar de acogida alternativo (p. ej., en hoteles, albergues, pensiones o similares)[191]. La confiscación debería mantenerse solo durante el tiempo que fuera necesaria y solo en la medida que fuera necesaria.[192] La disposición legal que se introdujo en Hamburgo era prácticamente idéntica. Esta última, sin embargo, no establecía una superficie mínima para los inmuebles susceptibles de confiscación[193]. Ambas leyes preveían un mecanismo para solicitar una compensación pecuniaria por la utilización del inmueble, así como por cualquier otro perjuicio que se le causara por su uso[194], incluida la no utilización de parte del inmueble si con la confiscación no cabía un uso razonable para esa parte vacía[195].

En este supuesto de obligación tuitiva, como en los dos anteriores, las cuestiones que se plantean son esencialmente las que trata la doctrina sobre la *Indienstnahme.* Es trasladable al caso lo que ya se ha escrito. Si bien, entre los bienes jurídicos a proteger en este caso concreto los había de primerísimo orden (vida e integridad física). Esto justifica la posibilidad de adoptar una medida excepcional (confiscación), que, a su vez está muy restringida en su uso (p. ej., limitada en el tiempo[196]), y que solo puede considerarse proporcionada si se adopta cumpliendo un exigente listado de requisitos. La excepcionalidad de la medida justificaba el que, para asegurar su proporcionalidad, se estableciera una compensación económica. La confiscación no constituía una expropiación puesto que no desposee permanentemente a los titulares

---

190 La cualificación del peligro como considerable y actual es jurisprudencial. *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016: 1089-1091. La ley de Hamburgo se refería a un peligro inminente *(bevorstehend)*; art. 14a (1) de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

191 Artículo 26 a de la ley de policía de Bremen.

192 Artículo 26 a (3) de la ley de policía de Bremen.

193 Compárese el Art. 26 a (1) 2. de la ley de policía de Bremen con el art. 14a de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

194 Artículo 26 a (5) de la ley de policía de Bremen, art. 14a (3) de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

195 *Ibid*.

196 Se apunta en Guckelberger *et al*., 2016: 1092-1093 que la jurisprudencia tiende a fijar que la duración máxima de este tipo de medida oscila entre dos y seis meses.

de su posición de *dominus*, pero sí que amenazaba de privar del todo su disfrute y, por tanto, de vaciar su derecho de propiedad. El ejemplo introduce una variación respecto a los anteriores por el hecho de que, a pesar de que exista una norma de rango legal que constituye la *Indienstnahme* y sus restricciones, se requiere de un acto administrativo para hacerla efectiva. Será una Administración la que, en el uso de su discrecionalidad, ordenará la confiscación de tal o cual inmueble.

V. CONCLUSIONES

La doctrina y jurisprudencia de las jurisdicciones alemana y austríacas nos ofrecen un concepto que promete ser provechoso para el análisis de las obligaciones tuitivas. Si España y Europa han de continuar por su camino de externalización del Estado social, entonces la *Indienstnahme Privater* y lo que en torno a ella se ha concluido merecen atención.

El origen de esta noción está en el momento en que se advirtió que de la normativa que estaba impulsando el Estado social alemán de la posguerra se podía destilar un concepto para designar aquellas situaciones en las que el legislador estaba optando por descansar parte de la responsabilidad de los poderes públicos sobre los hombros de determinadas personas jurídico-privadas, convirtiéndolas así en corresponsables del cumplimiento de las tareas que, en principio, no les correspondían. En todos estos supuestos la norma recluta como sustitutos del Estado y la Administración a personas privadas, las inserta en una red de relaciones, y adecua las normas de Derecho común para que se hagan efectivas unas prestaciones. Es un modo presupuestariamente eficiente, ¿neutro ideológicamente?, de asegurar que se van a cumplir las funciones o tareas del Estado sin necesidad de alterar la planta organizativa directamente; una privatización forzosa. El concepto es adecuado para los casos en los que la obligación que se impone es social o prestacional y lo que de él se ha concluido se puede trasladar al análisis de las obligaciones tuitivas.

La problemática de la *Indienstnahme* se detectó desde el primer momento, y con la ayuda del TCF se ha provisto una serie de parámetros que sirven de guía acerca de su adecuación o inadecuación a la Ley Fundamental. Aun a riesgo de simplificar en exceso, y a pesar de que las resoluciones no lo hacen exactamente así, en abstracto se puede diferenciar entre dos cuestiones. La primera es la de si la reasignación imperativa de unas tareas a un grupo de personas jurídico-privadas es admisible. La segunda, la de, una vez admitida esa reasignación, cuál es el nivel tolerable de injerencia en los derechos constitucionales de las personas obligadas; en esencia, la cuestión de si tales restricciones son proporcionadas.

La respuesta a la primera pregunta depende principalmente de la conexión entre la esfera subjetiva del obligado y la tarea a llevar a cabo. La familiaridad con, la capacidad para, el interés en y el riesgo de las obligaciones que se imponen con una situación de *Indienstnahme* determinan su legitimidad. Esto está en el núcleo del criterio jurisprudencial; criterio que se aplica siempre en relación con la proporcionalidad de las intromisiones subjetivas en derechos y libertades específicos (libertad, igualdad, propiedad).

En este punto, no puede dejar de llamarse la atención sobre el fondo del argumento que sirve para sustentar la legitimidad de este tipo de situaciones. A la pregunta de si es admisible que el legislador responsabilice a una persona privada para la ejecución de las funciones que se le asignaron al poder público se puede responder con un: sí, lo es si esa persona está en una buena situación para cooperar, y, precisamente, porque está en una buena situación para cooperar. Al varón civil en edad se le puede obligar a combatir, a una entidad financiera a descontar efectos y retirar divisa, a un empleador a retener impuestos de sus empleados, a un transportista a dar servicio a inválidos, a un operador del sistema a suministrar energía…, porque son los que están en la mejor posición para cumplir una función de interés general que requiere de su ayuda. Esa situación o condición de esas personas constituye en sí un dato fáctico con suficiente fuerza normativa. *Ex facto orta est voluntas legislatoris*[197] se podría decir en estos casos. El legislador se ha apoyado en la contundencia argumentativa de una situación de hecho. Y los que dirimen si la voluntad del legislador es conforme a Derecho han dado por bueno el argumento. Esta *obligatio in solidum* o solidaridad que se crea entre poder público y algunos sujetos privados tiene cabida en la cláusula de Estado social.

La segunda pregunta acerca del grado de las restricciones que se imponen a determinados derechos llama la atención sobre el hecho de que, no obstante lo anterior, la solidaridad está sujeta a límites. De lo contrario quedaría vacía de contenido la libertad de los obligados, lo que implicaría, a su vez, tratarles de un modo injustificadamente desigual. En algunos casos, más que la libertad para el ejercicio de una profesión, lo que es susceptible de quedar vacío es el derecho a la propiedad, como ocurría en el ejemplo de la obligación de tolerar la confiscación de un inmueble vacío para alojar a refugiados. Es crítico que en todo caso las obligaciones que se impongan sean proporcionadas; y aquí es muy relevante la intensidad de la conexión subjetiva entre el privado obligado y la situación. Excepcionalmente, para asegurar la proporcionalidad de la injerencia, procederá una compensación económica, como en el supuesto de la confiscación. Más habitualmente, no tiene este por qué ser el caso y será suficiente con que el legislador

[197] La voluntad del legislador ha nacido de la realidad.

permita a las personas obligadas poder optar por vías que les ayuden a proteger la rentabilidad de la profesión que ejercen, como en los supuestos en los que se restringe la libertad de profesión de las entidades financieras, los operadores de la red eléctrica, o a los transportistas que trasladan personas inválidas.

BIBLIOGRAFÍA

Burgi, M., *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

— «Entwicklungslinien», en H. U Erichsen y D. Ehlers (eds.), *Allgemeines Verwaltungsreht*, Berlin, De Gruyter, 14.ª edición, 2010, 308-328.

Damjanovic, D., «Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Inpflichtnahme Privater zur Umsetzung besonderer Verbraucherschutzbestimmungen – am Beispiel von § 77 EIWOG und 26 Abs 2 VZKG», en M. Reiffenstein y B. Blaschek (ed.), *Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2017*, Wien, Verlag Österreich, 2017, pp. 127-164.

Depenheuer, O., «Das Bürgeropfer im Rechtstaat», en O. Depenheuer *et al*. (eds.), *Staat im Wort – Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. 43-60.

Drüen, K. D., *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

Eichenhofer, E., «Die sozialpolitische Inpflichtnahme von Privatrecht», *Juristische Schulung*, 36, 10, 1996, pp. 857-865.

Fernández Gaztea, J. K., «Las *Verwaltungsaufgaben*: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, 221, 2023, pp. 93-120.

Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, München, C. H. Beck, 1953 (3.ª ed.).

Fuchs, M., «Sozialversicherungspflichten der Arbeitgeber und die staatliche Reaktion auf ihre Nichterfüllung – eine historisch-dogmatische Betrachtung», en O. Chesalina y U. Becker (eds.), *Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz: Rechtsvergleichende Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 171-182.

Gause, H., *Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Kiel en 1967.

Guckelberger, A., Kollmann, M., y Schmidt, F., «Polizeiliche Unterbringung von Flüchtlingen in privaten Immobilien», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 17, 2016, pp. 1088-1099.

Heintzen, M., «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 32, 2003, pp. 220-265.

Herrera García, A., «El recurso de amparo en el modelo Kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?», *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 2011, 1, pp. 1-28.

Ipsen, H. P., «Gesetzliche Indienstnahme Privater», en H. Jahrreiss *et al*. (eds.), *Um Recht und Gerechtigkeit – Festgabe für Erich Kaufmann*, Suttgart y Köln, Kohlhammer, 1950, pp. 141-161.

JARASS, H.D., «Indienstnahme Privater und Systemgerechtigkeit im Sozialrecht», *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 2, 2007, pp. 103-119.

OSSENBÜHL, F., «Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, 1971, pp. 137-210.

PIELOW, J. C., *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

PITSCHAS, R., «Soziale Sicherheit durch Vorsorge – Sicherheit als Verfassungsprinzip des Sozialstaats und das "Vorsorgeverhältnis" als rechtliches Gehäuse ihrer Vorsorgestandards», en U. BECKER (ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 63-106.

PLEWA, D., *Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben am Beispiel des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölerzeugnnissen vom 09.09.1965 in der Fassung vom 04.09.1975*, Speyer, 1978.

RÖSLER, H., «Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucher-privatrechts in Theorie und Praxis», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 71, 2007, pp. 495-526.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, traducción de BARNES, J. *et al*., Sevilla, Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2021.

— *Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2.ª edición, 2023.

THÜSING, G., SEIFERT, H. y JÄNSCH, M., «Solidarität», en *Staatslexikon*, *Solidarität – Staatslexikon (staatslexikon-online.de)*, 2022, consultado por última vez el 18 de junio de 2024.

VON HEIMBURG, S., *Verwaltungsaufgabe und Private*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.

VOSSKUHLE, A., «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 32, 2003, pp. 266-335.

WEBER, W., «Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen», en E. R. HUBER (ed.), *Idee und Ordnung des Reiches*, Band II, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1943, pp. 5-166.

WEISS, W., *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

WISSMANN, H., «Zuordnung und Organisation von Verantwortung im Sozialverwaltungsrecht», *Die Verwaltung*, 42, 2009, pp. 377-404.

ZELLENBERG, U. E., «Die Inpflichtnahme», en C. FUCHS *et al*. (eds.), *Staatliche Aufgaben, private Akteure*, Band 2, Wien, Manz, Dike y C. F. Müller, 2017, pp. 129-166.