

FUNDAMENTOS N.º 8

# LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General  
del Principado de Asturias

2014

## **FUNDAMENTOS**

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

## INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO . . . . .	7
Autores . . . . .	21

### PRIMERA PARTE

#### APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS . . . . .	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ .	57

### SEGUNDA PARTE

#### LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO . . . . .	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN . . . .	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI . . . . .	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA . . . . .	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA . . . . .	213

## TERCERA PARTE

## LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ . . . . .	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA . . . . .	313
Il sublime dell'eccezione. MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA . . . . .	355

REDEFINICIONES DEL MODELO DE ESTADO Y  
DEL DERECHO PÚBLICO EN LA ACTUAL  
RECOMPOSICIÓN DE LAS RELACIONES  
ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

José Esteve Pardo

SUMARIO

- I. Planteamiento. La configuración en las últimas décadas de una nueva relación entre Estado y sociedad.
- II. Las concepciones y doctrinas gestadas en la nueva correlación entre Estado y sociedad.
  1. Los puntos en común de todas las concepciones.
  2. La *Steurung* discusión: la discusión sobre la función directiva del Estado y el Derecho sobre la sociedad en la doctrina alemana de las dos últimas décadas.
  3. El Estado garante como alternativa al Estado prestacional.
    - A. El Estado garante como reacción al adelgazamiento y otras concepciones reductoras del Estado.
    - B. La recuperación del concepto del bien común.
  4. El Estado regulador. El repliegue estratégico del Estado ante la pérdida de posiciones de titularidad.

- A. El concepto estricto de Estado regulador centrado en la regulación de la economía y servicios económicos de interés general.
- B. La reacción ante la pérdida de posiciones de titularidad. La regulación de operadores privados con proyección pública, de su actividad y sus relaciones.
- III. Las fórmulas jurídicas gestadas en la nueva correlación entre Estado y sociedad.
  - I. La nueva orientación garantista. La necesidad de fórmulas de protección de los intereses generales ante el reforzamiento de los poderes privados.
  - 2. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos privados sobre materias, servicios y actividades de interés público.
  - 3. Las técnicas del modelo de regulación horizontal en competencia entre operadores.
  - 4. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos públicos más allá de los sectores sujetos a regulación. La experiencia anglosajona.
  - 5. La extensión del Derecho público por la vía subjetiva. Atribución de un cierto estatuto público a sujetos privados ejercientes de funciones públicas. La experiencia germánica.

## I. PLANTEAMIENTO. LA CONFIGURACIÓN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DE UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

El de las relaciones entre Estado y sociedad es un tema clásico del constitucionalismo, de la filosofía política, del derecho público y de la economía política. Incido en el calificativo de clásico no sólo por ser clásicos los autores, destacadamente Adam Smith y Friedrich Hegel, que lo plantearon en unos términos que han perdurado, sino porque se creía un tema cerrado que sólo existe ya en la historia.<sup>1</sup>

Se pensaba en efecto que el recorrido histórico del tema llegó a su fin y en ese trayecto de dos siglos se alumbraron e hicieron visibles los dos modelos de Estado que se conocen por el constitucionalismo occidental. Uno el Estado liberal, marcado por una clara y estricta separación entre Estado y sociedad, con una sociedad que tenía su principal motor en el mercado y un modelo constitucional que venía a establecer una línea divisoria a la acción de un Estado carente de legitimación democrática en la sociedad. El otro, el Estado social que, al disponer de una base democrática y el consiguiente apoyo social, interviene capilarmente en el conjunto de la sociedad corrigiendo sus desequilibrios. Estado y sociedad vendrían así a entablar una relación interactiva, de integración recíproca, hasta fundirse de algún

---

<sup>1</sup> Sobre los planteamientos tradicionales y la evolución reciente de estas relaciones me ocupo con más extensión y detalla en mi libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013. Muchas de las posiciones aquí adoptadas encuentran allí su adecuado desarrollo. La alusión a Adam Smith se debe a que pasa por ser el primero que percibe la dinámica propia de la sociedad civil y su separación frente al Estado. El concepto de sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) en Hegel supone ya una evolución al advertir la relación dialéctica de estas dos realidades. Vid. op. cit., pp. 33 y ss.

modo. El tema se daba así por cerrado al perder estas dos realidades sus perfiles característicos en ese proceso de integración.

Lo cierto es que en las tres últimas décadas esa relación se está recomponiendo en profundidad. El dominio directivo del Estado se reduce al tiempo que una sociedad transnacional se está fortaleciendo considerablemente. El poder material, el económico, financiero, el que deriva del conocimiento científico y técnico, se encuentra mayormente extramuros del Estado, en una sociedad que se ha autoorganizado y autorregulado de manera muy efectiva y en ello se funda en muy buena medida su creciente pujanza.

En esa nueva correlación que se está gestando entre Estado y sociedad se están recomponiendo la propia noción de Estado, de sus funciones, y también del alcance del Derecho público pues se empieza a tener conciencia de que muchas funciones públicas, tradicionalmente ejercidas por el Estado y sujetas a ese Derecho, son ejercidas hoy por sujetos privados a los que habría de aplicarse, en el ejercicio de estas funciones, las reglas fundamentales del Derecho público protectoras de los intereses generales.

Son estas nuevas concepciones que en la actualidad se apuntan ya en diversos frentes las que centran la atención de este trabajo.

## II. LAS CONCEPCIONES Y DOCTRINAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

### I. *Los puntos en común de todas las concepciones*

La nueva modelización del Estado y sus funciones se está elaborando a partir de aproximaciones, percepciones y concepciones que vienen a coincidir todas ellas, a la que tengan un mínimo calado, en toda una serie de puntos. Destacaré cuatro de ellos, no sólo por parecerme los más extendidos y relevantes, sino por cuanto confirman y reflejan de algún modo esa nueva relación entre Estado y sociedad.

La primera constatación común, aunque pueda expresarse con acentos y matices diversos, es el extraordinario fortalecimiento de la sociedad. Ha dejado de ser un mero objeto pasivo, receptor de la acción del Estado, para hacerse con poderes inmensos en sectores claves y pujantes. Una sociedad que por otro lado ha experimentado una importante transformación de la que se da cuenta a través de métodos de análisis diversos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Todos ellos en destacar el carácter pluricéntrico, fragmentado, desarticulado de la actual sociedad, descompuesta en sistemas autorreferenciales y muy distante de la idealizada sociedad civil de Adam Smith y los fisiócratas franceses. Sobre la frag-



La segunda, consecuencia de la anterior, es la correlativa pérdida por el Estado, el sector público, de posiciones de titularidad y dominio sobre espacios y bienes que son las plataformas del poder. Titularidad sobre medios de producción en ciertos sectores, titularidad exclusiva sobre espacios de actividad económica que se consideran servicios públicos, titularidad y dominio sobre el capital financiero. Y no sólo titularidad sobre bienes materiales —capital, empresas, titularidad sobre sectores económicos— sino también titularidad, dominio, sobre el conocimiento científico y técnico, que puede ser mucho más relevante que el dominio sobre bienes materiales.

La tercera, que se deriva a su vez de las anteriores, es el debilitamiento progresivo en muchos sectores, no en todos desde luego, de la actividad pública, administrativa fundamentalmente, que se canaliza a través de órdenes, fórmulas imperativas y controles en sus diversas variantes, como son los que con carácter previo se ejercen a través de las autorizaciones. La actividad de *command and control* en la sencilla terminología anglosajona. Esas fórmulas presuponen una posición de autoridad, de supremacía, en quien las aplica y que, por ende, dispone de medios efectivos para ejecutarlas. De ahí la reducción de su efectividad cuando se producen la pérdida de dominio sobre instrumentos de poder y control efectivo tal como les ocurre a los poderes públicos ejecutivos en muchos frentes de actuación.

La cuarta es el reto que se plantea y se generaliza ante esta situación tan sumariamente caracterizada por las notas anteriores. Se trata de engranar de otra manera la relación entre Estado y sociedad cuando el Estado se ha visto privado de muchas de sus plataformas de poder que han sido ganadas por la sociedad, sus sistemas y sus organizaciones. Se trata de mantener la función directiva del Estado y del Derecho, del ordenamiento jurídico del que nos hemos dotado, sin que buena parte de los instrumentos, sobre todo de los que implican el ejercicio de autoridad, estén en manos del Estado. Se trata así también de ganar la colaboración de esos poderosos agentes sociales para dar cumplimiento y efectividad a los fines y objetivos que se enuncian desde un Estado que por ello mismo se denomina Estado cooperativo.

---

mentación de la sociedad, y su consiguiente pérdida de la necesaria perspectiva para la definición del interés general vid. recientemente Alan Touraine, *La fin des sociétés*, Seuil, Paris, 2013.

2. *La Steuerung discusión: la discusión sobre la función directiva del Estado y el Derecho sobre la sociedad en la doctrina alemana de las dos últimas décadas*

En la órbita germánica se ha venido desarrollando un intenso y prolongado debate, conocido ya como la *Steuerungsdiskussion*. El término *Steuerung* procede del sustantivo *Steuer*, timón de un barco, y se traduciría literalmente como timonear. En el contexto en que estamos inmersos se refiere a la capacidad del Derecho y del Estado para timonear, para conducir, la compleja sociedad actual.

Se comenzó prestando especial atención a los crecientes problemas de ejecución de las leyes, los frecuentes y extensos déficits de ejecución que se observaban en sectores novedosos, complejos, pero cada vez más relevantes, como la protección del medio ambiente, las telecomunicaciones, la regulación de riesgos, y también en sectores más tradicionales que se hacían cada vez más complejos.

Se denunciaron entonces las limitaciones de la actividad legislativa, lo que condujo en un primer momento a una crítica del parlamentarismo tradicional; pero pronto se percibió que los problemas posiblemente más graves y distorsionantes se localizaban en el sistema de ejecución de las leyes. El aparato ejecutivo chocaba ante lo que la sociología política, sobre todo a través de la influyente obra de Niklas Luhmann, comenzaba a definir como sistemas sociales autorreferenciales.<sup>3</sup> Sistemas que se configuran en torno a objetos, actividades y organizaciones que al filo de la complejidad van adquiriendo una marcada especialización —los sistemas se van así segmentando— en torno a su propio lenguaje y cuadro conceptual, a sus operadores, a sus profesiones, a los estudios en los que se sustenta su formación, a sus criterios de valoración, sus cánones. Sistemas autorreferenciales son los que se han configurado en torno a la tecnología —a sus diversos sectores en realidad—, al deporte profesional, al sector financiero, al arte, a la ciencia, a la sanidad y práctica médica, a la industria farmacéutica, a la alimentación y su industria, a Internet, al sector o sectores de la energía, a la biología en su relación con los recursos naturales, etc.

---

<sup>3</sup> Una exposición muy clarificadora del amplio y prolongado debate sobre la capacidad directiva del Derecho y del Estado en la compleja sociedad actual puede encontrarse en el libro de Oliver Lepsius, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999. En esta obra se destaca particularmente el importante protagonismo de la teoría de los sistemas en esa discusión que todavía permanece abierta en muchos frentes.

Los sistemas presentan una marcada tendencia a dotarse de sus propias referencias a través de procesos de autoorganización y autorregulación. Tienden así, mediante una autorregulación que ha experimentado por ello un espectacular desarrollo, a establecer sus propias referencias normativas, sus propios medios para acreditar su cumplimiento y sus propias vías e instancias para resolver los conflictos que en ese sistema puedan plantearse.

En la medida en que son capaces de dotarse de su propio «ordenamiento» —de lo que podríamos llamar «paraordenamiento» en buena medida al margen del ordenamiento jurídico—, los sistemas se muestran refractarios a las determinaciones que les puedan venir impuestas por unas leyes y un ordenamiento general del que aspiran a segmentarse o, cuando menos, a distanciarse y mantener amplios márgenes de autonomía, de autorregulación. Con frecuencia es el conocimiento experto el que invocan los sistemas para justificar su autorregulación elaborada por sus propios especialistas, desconsiderando así las leyes procedentes de instancias, representativas sí, pero carentes del conocimiento y el lenguaje necesario para regular eficazmente un sector. De ese modo a las leyes y a sus reglamentos de desarrollo —que constituyen la estructura básica del ordenamiento jurídico público— se les plantea una doble dificultad que puede mermar la efectividad de su ejecución: a) las limitaciones de conocimiento en sectores dominados por la complejidad b) la presencia de sistemas expertos autorregulados, con autonomía de funcionamiento, que sean refractarios a la plena entrada en ellos del legislador constitucional y democráticamente legitimado.

Estas limitaciones del Derecho y de los modos tradicionales de actuación del Estado se destacan, exageradamente, cuando algunos representantes y expositores de la teoría de sistemas llegan a considerar al Estado y al ordenamiento jurídico como un sistema más, sin situarlo en una posición de supremacía sobre los restantes sistemas.

Sin necesidad de terciar en el debate —tampoco resulta pertinente hacerlo aquí— sobre la teoría de sistemas, sí que conviene destacar su principal punto débil que se encuentra en la legitimidad. Una legitimidad, que tal como hemos apuntado, tiende a justificarse sobre la base del conocimiento experto, de la expertocracia, pero que resulta claramente insuficiente para imponerse sobre la legitimidad constitucional y democrática, trabajosamente construida, del ordenamiento jurídico del Estado. La alegación del conocimiento experto no justifica desde luego la entrega de la regulación de las cuestiones ambientales a los biólogos, ecólogos y otros concedores

de los procesos ecológicos esenciales; ni a los físicos nucleares, geólogos o ingenieros las opciones por las nuevas modalidades de generación de la energía; ni a los expertos en productos financieros, estructurados o derivados, la normativa en materia financiera. Las decisiones con transcendencia pública, expresadas ordinariamente a través de normas legales, corresponden a las instancias constitucionalmente habilitadas para ello. Aunque no pueden ignorarse limitaciones o condicionantes de ese postulado que se han hecho bien visibles, entre ellas que esas decisiones políticas se adoptan con la información que suministran, o quieran suministrar, los sistemas expertos; o que la ejecución de las leyes encontrará serias dificultades y déficits de ejecución si no cuenta con la sintonía y cooperación de unos sistemas cada vez más cerrados y convencidos de su autosuficiencia.<sup>4</sup>

En cualquier caso, del prolongado debate, todavía vivo, en torno a la capacidad directiva (*Steurung*) del Derecho y el Estado sobre la sociedad resultan aportaciones positivas. Dos de ellas creo que merecen ser destacadas.

Una es la apertura del análisis de las instituciones jurídicas y políticas a la realidad social sobre la que se proyectan. No se trata por supuesto de la sumisión a los cánones y doctrinas de la sociología, sino de prestar atención a una realidad, la ofrecida por la sociedad contemporánea, que ha experimentado recientes e importantes transformaciones y, lo que es más importante, es en la actualidad más poderosa que el Estado o, cuando menos, dispone en mayor medida sobre medios e instrumentos de poder.

La otra aportación la ofrece el estudio y conocimiento de los poderes normativos y organizativos de la sociedad que se producen y articulan a través de la autorregulación. Son dos las principales modalidades de autorregulación que acaban por categorizarse en este debate, adquiriendo así carta de naturaleza.

Uno es el de la autorregulación primaria, por así llamarla, que se genera y agota en el seno de la sociedad, de sus sectores y sistemas. Una autorregulación con la autoridad y efectos que le reconozcan los propios agentes que en ella intervienen.

La otra modalidad, de mayor calado y enjundia jurídica, es la que se conoce como autorregulación regulada.<sup>5</sup> Es la autorregulación de origen

---

<sup>4</sup> *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

<sup>5</sup> La obra de referencia es sin duda la de Mercé Darnaculleta, *Autorregulación y Derecho Público. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

social que es encuadrada en el ordenamiento jurídico y asumida por él. Esta articulación de la regulación pública y la autorregulación privada se considera una fórmula muy adecuada para superar los problemas de ejecución de normas jurídicas cuando topan con complejos y cerrados sistemas autorreferenciales. Se pretende en estos casos poner en sintonía la regulación o legislación pública con la autorregulación de estos sistemas. De este modo se aprovechan las energías de la autorregulación social, con su componente experto y el consenso de los operadores que en ella participan, y se mantiene la supremacía normativa de la regulación pública que la reconoce e integra de algún modo.

En cualquier caso, este debate tan extendido dejaba el terreno abonado para la gestación de nuevas concepciones sobre las función y modelo de Estado, del sector público y las Administraciones.

### 3. *El Estado garante como alternativa al Estado prestacional*

Una elaboración conceptual del Estado que se explica del todo en la nueva posición y correlación que adopta ante la sociedad es la que lo concibe y presenta como Estado garante.

#### *A. El Estado garante como reacción al adelgazamiento y otras concepciones reductoras del Estado*

El origen del Estado garante se sitúa en el movimiento crítico que se desarrolla en Europa en torno a las imponentes magnitudes alcanzadas por el Estado social y los elevados costes que conlleva, también destacadamente para el sector privado, empresarial, que ve mermada así su competitividad en una economía sin fronteras, global, y donde se compite directa y efectivamente con nuevas potencias económicas que no conocen ese modelo tan evolucionado como costoso que es el Estado social, ni cargan por ello con sus costes.

El debate fue intenso y temprano en Alemania, por dos razones sobre todo: una es la arraigada tradición que allí tiene, con todo su trasfondo histórico y filosófico, el Estado social; otra, la responsabilidad de su clase política que percibió el cambio de los tiempos y las disfunciones que suscitaba ese modelo de Estado; una responsabilidad elemental y nada meritosa pero que contrasta con la frívola irresponsabilidad de nuestra clase política que por entonces mantenía e incrementaba el nivel de gasto público sin querer mirar siquiera lo que la realidad mostraba de manera inequívoca. En el ámbito

estrictamente doctrinal del Derecho público hay constancia entre nosotros desde hace ya un tiempo del debate y los informes sobre la reducción o adelgazamiento del Estado, informes que no suscitaron interés alguno entre nuestros responsables políticos ni por supuesto afectaron a la desafortada política de gasto público para mantener e incrementar lo insostenible.<sup>6</sup>

La revisión en Alemania del modelo de Estado apuntó, sobre todo en foros políticos, hacia soluciones un tanto simples y primarias: la reducción, el adelgazamiento del Estado, el Estado mínimo.<sup>7</sup> Un Estado que gaste y cueste menos. Pero en foros doctrinales y académicos se trató de rebasar esta dimensión meramente cuantitativa, atenta exclusivamente al coste, con el objetivo de otorgar al Estado una nueva función en la que justificarse y adquirir así una nueva identidad. Se repara entonces en que por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.— el Estado no puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad, cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas.

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes.

La privatización de medios, instrumentos, de funciones como más recientemente se han producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El

---

<sup>6</sup> En foros académicos sí que se prestó alguna atención a estos informes y propuestas por parte de quienes se mostraban más al tanto de las novedades del Derecho comparado y las daban a conocer; así en la muy ilustrativa crónica de Mercé Darnaculleta y Marc Tarrés, «Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe *«Schlanker Staat»*», *Revista Autonomías*, Núm. 26, 2000, pp. 335 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la elaboración del concepto de Estado garante como reacción a las propuestas reductoras que apuntaban hacia el llamado Estado mínimo, T. Vesting, «Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat», en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Beck, Munich, 2000, págs. 111 y ss.

Estado garante tiene pues ante sí el reto mantener los fines sin disponer de los medios.<sup>8</sup>

Hay por lo demás un entorno, más que un presupuesto, que ha propiciado la génesis conceptual del Estado garante. Ese entorno es el que configura la Unión Europea, con una estructura articulada sobre un principio y presupuesto similar al del Estado garante que ya conocemos: la Unión se marca unos fines y objetivos para cuya realización no dispone de los medios ejecutivos necesarios que están en poder de los miembros, los Estados. El reto y objetivo primario de la Unión Europea será entonces establecer sistemas y fórmulas con los que garantizar en lo posible la realización de su programa, el cumplimiento de sus fines, con los medios de los Estados.<sup>9</sup> El Estado garante se encuentra de algún modo ante el mismo reto cuando los medios necesarios para la ejecución están en manos de los que tradicionalmente se han considerado sus miembros, los particulares, los sujetos privados.

### *B. La recuperación del concepto del bien común*

Interesa reparar ahora en un aspecto absolutamente fundamental a nuestros efectos y que las nuevas concepciones del Estado y el sector público no hacen sino destacar, sacando a la luz y situando en una posición del todo central algo que hasta ahora pasaba un tanto desapercibido. Así al Estado garante, en el que ahora reparamos, le corresponde en exclusiva establecer las finalidades, los objetivos, la programación que se orienta a la atención del interés público. Se trata, en realidad, de la definición del bien común, un concepto éste, el del bien común, que se tenía olvidado y que ahora resurge con fuerza, recuperando su terminología característica procedente de la escolástica. El término bien común (*Gemeinwohl*, *Common Good*) ha experimentado en efecto una extraordinaria recuperación y difusión no sólo en la reflexión en torno al concepto de Estado de garante, sino en todos los debates que tienen como trasfondo la correlación entre Estado y sociedad, desde la discusión que hemos referido (*Steuerungsdiskussion*) en torno a la función directiva del Derecho sobre la sociedad, hasta la noción de Estado regulador que trataremos de inmediato, pasando por el debate estrictamente

---

<sup>8</sup> C. Franzius, «Der «Gewährleistungsstaat» ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», en *Der Staat*, n. 42, 2003, p. 493 y ss.

<sup>9</sup> Sobre ello me permito la remisión al texto de mi ponencia, «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, Vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pags. 79 y ss.

filosófico en el que el revitalizado concepto del bien común ocupa un lugar muy relevante en la actualidad. Todavía más recientemente, el concepto de bien común se ha rehabilitado y revitalizado de manera extraordinaria como elemento corrector del capitalismo global, sin rostro, y del individualismo más insensible que están agudizando la crisis económica que nos atenaza.<sup>10</sup>

El concepto de bien común hacia el que ahora se tiende la mirada tiene entre sus más destacadas referencias el que elaborara en su momento Tomás de Aquino a partir de las ideas expuestas por Aristóteles en su *Política*. Se está estudiando y especulando mucho sobre las razones que explican el espectacular «*revival*» de las concepciones escolásticas sobre el bien común.<sup>11</sup> Para mí, y en el marco de cuestiones que aquí nos ocupan, la razón fundamental se encuentra en la sintonía de las ideas de Tomás de Aquino con la sociedad actual, atendiendo sobre todo a la fragmentación que en ella se observa y aquí hemos constatado. El concepto de bien común que maneja este filósofo parte del previo reconocimiento de la pluralidad, de la diversidad, que era característica de la sociedad medieval, y en plena coherencia con ello reconoce y admite que individuos, grupos, organizaciones diversas, puedan aspirar legítimamente a sus bienes propios, individuales o particulares.

La asunción de estos presupuestos pone en estrecha sintonía la concepción de Tomás de Aquino con las sociedades multiculturales vigentes en las que conviven diferentes valores y bienes con grados de apreciación que pueden ser distintos en función del prisma cultural. Pero también esta doctrina del bien común está mostrando su potencia como contrapunto al proceso de fragmentación social al que aquí prestamos atención: a la configuración de sistemas autorreferenciales que desarrollan efectivos procesos de autorregulación con los que le ganan espacios al Estado, a la pérdida de sentido de lo común<sup>12</sup> y de la propia noción de sociedad.

---

<sup>10</sup> Una muestra de ese protagonismo rector —o corrector— que a ese concepto se le atribuye en el actual panorama es el libro de Ch. Felder, *La economía del bien común*, Ed. Deusto, 2012, donde se reconoce de manera explícita a Tomás de Aquino la autoría del concepto y doctrina del bien común que adquiere un renovado interés en el actual panorama.

<sup>11</sup> Una excelente exposición del debate suscitado en torno a esos estudios y del éxito de la concepción de Tomás de Aquino puede encontrarse en el libro de Mary M. Keys, *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>12</sup> En este sentido se destaca con acierto como en la ola privatizadora que hoy se expande, «la noción de privado no se opone a lo público, sino a lo común. La mundialización no conlleva una privatización del Derecho en el sentido de entregarlo a los intereses priva-



Lo que confiere actualidad y versatilidad a esta doctrina es que no invalida los bienes o valores parciales que puedan pretender los grupos o sistemas sociales. Pero no hace al bien común dependiente de ellos, lo libera de las cargas de esa sociedad fragmentada. El bien común, esto es lo definitivo, no es, en la concepción tomista, la suma de los bienes particulares de esos sistemas o grupos. En esto se opone frontalmente la concepción liberal, dominante en los dos últimos siglos desde su inicial formulación por Adam Smith, y que es la de que la procura del bien particular es la vía para alcanzar el bien común que sería de ese modo la suma de los bienes particulares.

El concepto adquiere entonces una destacada relevancia en la nueva correlación entre Estado y sociedad que aquí vislumbramos. Con un Estado que parece vaciarse y quedar sin razón de ser al entregar buena parte de sus funciones más características a la sociedad;<sup>13</sup> pero a una sociedad fragmentada, sin sentido de sí misma y de su unidad; una sociedad incapaz por tanto de articular, definir y tutelar el bien común, por encima de los intereses parciales de sus grupos, sectores o sistemas. Y es ahí donde el Estado muestra unas capacidades que no concurren en la actual sociedad, porque en esa nueva correlación, marcada por el amplio flujo de medios y funciones del Estado a la sociedad, lo único que permanece incuestionado en el Estado, que no se ha trasladado a la sociedad, que no se ha privatizado, es la definición del bien común <sup>14</sup> y la concreción de los objetivos para hacerlo efectivo. Aunque más exactamente, para la concepción tomista del bien común, la función del Estado es protegerlo y adecuarse a él; la ley la define así Tomás de Aquino como la adhesión racional al bien común.

Esta es una función que se predica y se destaca del llamado Estado garante al que corresponde preservar, garantizar, la realización de ese bien

---

dos, sino porque favorece la multiplicación de mundos en detrimento del mundo común», *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*. Odile Jacob, Paris, 2010, p. 210. P.; consideraciones similares son las que hemos visto que pueden realizarse desde la teoría de los sistemas.

<sup>13</sup> Al respecto, A. Schaub, «Libéralisation et respect de l'intérêt général», en Conseil d'État, *L'intérêt général*, Études et documents du Coseil d'État, La Documentation française, Paris, 1999.

<sup>14</sup> Que en un Estado de Derecho corresponde su definición a las instancias legislativas constitucional y democráticamente legitimadas. Es en este sentido en el que afirma Jürgen Habermas que «la política se ridiculiza a sí misma cuando se pone a moralizar en lugar de apoyarse en el derecho coercitivo del legislador democrático. Ella, y no el capitalismo, es la responsable de que las cosas se orienten hacia el bien común», *La Constitución de Europa*, Madrid, 2011, p. 72.

común sin disponer de buena parte de los medios pues están en manos de sujetos privados, de la sociedad. Pero así como a la sociedad se le reconoce la titularidad sobre muchos medios, hasta hace poco en manos públicas, que de esta manera no gravan las cuentas del Estado y pueden tener, según los casos y las apreciaciones, una gestión más eficiente, a esa misma sociedad no se le reconoce hoy, tal como hemos podido percibir al asomarnos a los análisis actuales de la realidad social, la capacidad para articular, definir y garantizar el bien común.

#### 4. *El Estado regulador. El repliegue estratégico del Estado ante la pérdida de posiciones de titularidad*

El que se ha dado en llamar Estado regulador es otro de los modelos alternativos cuya eclosión se produjo también con ese profundo reajuste en las relaciones entre Estado y sociedad.

El concepto o modelo de Estado regulador está por precisar y definir con unanimidad, si es que alguna vez se alcanza esa caracterización generalizada. En cualquier caso resulta de interés a nuestros efectos lo que con esta denominación se expresa que no es, en lo sustancial, otra cosa que la pérdida por el Estado de las posiciones de titularidad, sobre servicios, sobre medios financieros, sobre conocimientos, sobre medios humanos en las que había fundado sus facultades de intervención sobre la sociedad y la economía. Dos concepciones de Estado regulador, una estricta y otra más amplia, pueden advertirse en ese horizonte.

La primera se centra en los servicios económicos de interés general, particularmente los servicios en red, y tiene su eje principal de poder en las llamadas autoridades reguladoras.<sup>15</sup> La segunda concepción se extiende más allá de los servicios de interés general y la actividad económica para caracterizar la nueva postura y orientación del Estado ante la pérdida de posiciones de dominio en las que había venido amparando tradicionalmente su regulación en el ámbito económico<sup>16</sup> y en otros muchos.

---

<sup>15</sup> Esta concepción reducida es la que puede advertirse, entre otros, en Antonio La Spina y Giandomenico Majone en su libro *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bolonia, 2000. Con mayor extensión y detalle, Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz: *Administrative Law and Regulatory Policy*, 7 ed., Wolters Kluwer, New York, 2011.

<sup>16</sup> La Spina y Majone destacan al efecto como «storicamente la proprietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione economica in Europa». *Lo Stato regolatore*, cit. p. 17.

*A. El concepto estricto de Estado regulador centrado en la regulación de la economía y servicios económicos de interés general*

Ese modelo de Estado regulador se adscribe ordinariamente a la órbita anglosajona, a Estados Unidos particularmente, donde la regulación, las autoridades reguladoras, cuentan con una larga tradición que se remonta al último tercio del siglo XIX.

Es necesario diferenciar dos modelos de regulación económica de las *public utilities* que se suceden en el tiempo. En realidad es el modelo que se instaure más recientemente, en la última década del pasado siglo XX, el que se debe en muy buena medida a la nueva correlación entre Estado y sociedad y que, por ello mismo, despierta un particular interés en la Europa continental donde acaba por dejar una marcada impronta, sobre todo en ciertos sectores económicos, particularmente los llamados servicios en red, con una previsible extensión a otros sectores que apuntaremos de inmediato.

El primer modelo de regulación norteamericano no suscitó interés significativo en Europa porque, aunque los presupuestos conceptuales e ideológicos eran formalmente distintos, la operativa coincidía sustancialmente y conducía a unos resultados muy similares. La diferencia fundamental estaba en la noción de titularidad. En Europa era firme la idea, que tenía sus antecedentes en las regalías, de que toda una serie de actividades y servicios estaban bajo la titularidad estatal, aun cuando su gestión podía concederse a sujetos privados vinculados a la Administración mediante un contrato en el que se aseguraba a ésta una posición de supremacía y directiva.

Esa idea de titularidad pública era del todo ajena a la cultura jurídica de los Estados Unidos de América. Las mismas actividades y servicios las podía desarrollar y gestionar cualquier empresa privada, pero cuando se adquiere conciencia del interés público del que están revestidas esas actividades<sup>17</sup> se acaban categorizando como industrias o servicios de utilidad pública (*public utilities*) y quedan sujetas a regulación por una autoridad reguladora según un modelo regulatorio que gira en torno a la llamada tasa de retorno (*rate of return*) en la que resultan determinantes los costes en los que incurre la empresa gestora, que podrá entonces fijar precios y tarifas que le permitan cubrir costes y obtener unos beneficios razonables, nunca

---

<sup>17</sup> «Clothed with a public interest», es la expresión utilizada por la Supreme Court de los Estados Unidos de América en su sentencia de 1871 por la que resolvía el caso *Munn v. Illinois* que está en el origen de la actividad de regulación, de las *public utilities* de y del propio Derecho administrativo en aquel país.

excesivos. Si los costes varían, también lo harán los precios y tarifas en la misma proporción. La agencia reguladora fijará también los estándares de calidad y seguridad de la *public utility* de que se trate.<sup>18</sup>

Pero en Europa se había llegado a resultados muy similares al admitirse la mutabilidad de los contratos de servicios públicos que giran a partir de entonces en torno a lo que se conoce como la ecuación económico financiera: la alteración en los costes por encima de un cierto umbral habría de conducir a una modificación proporcional en la retribución del concesionario a través de precios y tarifas. Una ecuación económica financiera que, como es fácil advertir, acaba cumpliendo la misma función reguladora que la tasa de retorno o *rate of return*.

La novedad y alteración sustancial se produce en Europa como consecuencia de la progresiva pérdida del Estado de la titularidad sobre medios, servicios y actividades que pasan a la órbita privada. Es entonces cuando se mira al modelo de regulación de los Estados Unidos de América al que le es ajena la idea de titularidad pública sobre los servicios. Un modelo que se había transformado profundamente en las dos últimas décadas del pasado siglo: el tradicional de regulación en monopolio mostró notables disfunciones que lo hicieron objeto de severas críticas y reformas<sup>19</sup> que condujeron al vigente modelo de regulación en competencia que acaba por extenderse a muchos Estados europeos que a finales del siglo xx se veían ante la tesitura de configurar un sistema en el que se atendiese al relevante e inequívoco interés público presente en toda una serie de servicios que hasta entonces estaban bajo una titularidad pública.

El modelo de regulación en competencia presenta una marcada diferencia estructural con respecto al de monopolio. En éste se configura una relación o estructura vertical que se articula en tres niveles: autoridad reguladora, operador monopolista y usuarios. El objetivo era que el operador no abusara de su posición monopolista, que ofreciera un servicio con unos determinados estándares de calidad y seguridad a cambio de unas tarifas

---

<sup>18</sup> Una exposición muy clarificadora sobre el funcionamiento de ese modelo puede encontrarse en R. J. Pierce Jr/E. Gellhorn, *Regulated Industries*, 4.<sup>a</sup> ed., West Group, St Paul, 1999.

<sup>19</sup> Sobre la crisis en Estados Unidos del modelo de regulación en monopolio y los factores que la propiciaron el más elocuente análisis es el de J. D. Kerney/T.W. Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998.

razonables que le permitieran cubrir sus costes y obtener un beneficio igualmente razonable y estable que asegurase la captación de capitales en el mercado financiero.

En cambio, el vigente modelo de regulación en competencia presenta una estructura decisivamente marcada por el eje horizontal que articula las relaciones de competencia entre operadores. Es de esa competencia de la que se espera resulte la mejora en la calidad de los servicios, la innovación tecnológica y los precios más ajustados para los usuarios. La función primordial del regulador y del propio modelo será entonces hacer efectiva la competencia en unos servicios que por sus características congénitas —limitaciones de infraestructuras que utilizan, prestación en red, economías de escala, operadores dominantes procedentes del anterior sistema monopolista, etc.— hacen inviable una competencia natural entre operadores en situación de igualdad. El objetivo fundamental de este modelo de regulación será entonces recomponer y reconstruir la competencia allí donde el mercado no ofrezca las condiciones necesarias. Esta regulación comporta así una intervención en las relaciones entre operadores —que son, inequívocamente, sujetos privados— y en sus relaciones contractuales. Nos encontramos así con la novedosa intervención pública y aplicación de normas y principios de Derecho público a relaciones entre sujetos privados.<sup>20</sup>

*B. La reacción ante la pérdida de posiciones de titularidad. La regulación de operadores privados con proyección pública, de su actividad y sus relaciones*

En un sentido más genérico, el Estado regulador es una alternativa a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio estatal que se registra en muchos frentes. No sólo se trata ya de la titularidad perdida sobre servicios públicos y empresas, sino que en otros espacios o sectores no tan ostensibles, pero de similar o superior relevancia. Así, el espacio del conocimiento científico y técnico al que ya nos hemos referido destacando su reciente toma por el sector privado.

Otro fenómeno en la misma dirección en el que también hemos reparado es el de la imparable expansión de la autorregulación privada que está ga-

---

<sup>20</sup> Tema este, de la extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados que trato aquí más adelante y también, con mayor desarrollo, en mi artículo «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *Revista de Administración Pública*, n. 189, 2012.

nando así espacios característicos de la regulación pública, tradicionalmente dominados por normas jurídicas, legislativas y reglamentarias, dictadas por instancias públicas.

Ante la pérdida de posiciones de dominio, el Estado habrá de cambiar su estrategia, recomponer sus posiciones, para regular —supervisar en unos casos, intervenir selectivamente en otros— estas dinámicas que se mueven bajo el impulso y dominio de sujetos privados.

A título de ejemplo, la que se conoce como autorregulación regulada y a la que habremos de referirnos más adelante es una reacción propia del Estado regulador pues con ella se pretende recuperar de algún modo una cierta capacidad de orientación, validándola y encauzándola en lo posible, sobre una autorregulación privada que ha ganado espacios muy relevantes de regulación.

La extensión del Derecho público a los espacios en los que el Estado ha perdido sus posiciones de dominio es otra reacción del Estado regulador que va más allá, como veremos, de las obligaciones de servicio público y otras fórmulas que operan en el círculo, más definido y estricto, de la regulación de servicios económicos de interés general.

Conviene en cualquier caso reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la regulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad —en este caso titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Es en ese sentido que, como concluye Mercé Darnaculleta, «se cierra el círculo así con la consiguiente consideración: el Estado garante es, al mismo tiempo, un Estado regulador y, a la inversa, la regulación es una estrategia de intervención propia y característica del Estado garante», en su artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en Muñoz Machado/Esteve Pardo, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, op. cit. p. 386. En la doctrina alemana, entre otros muchos, es M. Ruffert bien categórico al afirmar que «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante» en su estudio sobre el concepto («Begriff») de regulación en la obra colectiva *Regulierungsrecht*, M. Fehling/M. Ruffert, (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 359. De esa obra y su entorno conceptual, en el que ahora reparamos, doy cuenta en mi crónica «La recepción en

Pero con estas referencias a la autorregulación regulada o a la extensión del Derecho público estamos dejando ya las que son concepciones en torno a nuevos modelos de Estado para adentrarnos ya en lo que son las fórmulas jurídicas y soluciones aplicativas que se están alumbrando en la nueva correlación entre Estado y sociedad que se presenta ante nosotros.

### III. LAS FÓRMULAS JURÍDICAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

#### 1. *La nueva orientación garantista. La necesidad de fórmulas de protección de los intereses generales ante el reforzamiento de los poderes privados*

Era muy clara y muy característica del Derecho público del Estado liberal su marcado garantismo de los derechos e intereses personales, privados, para lo que elaboró toda una serie de fórmulas de protección frente a las muy poderosas instancias y organizaciones públicas. La misma génesis del Derecho administrativo se explica justamente en este empeño. La evolución posterior de este Derecho quedó así tal vez en exceso marcada por esa inicial impronta garantista que ha ocultado de algún modo, o ha demorado, la percepción de las profundas transformaciones que se producen en las últimas décadas en las que el poder se recompone y fortalece en la sociedad, en los sectores privados, en los sistemas sociales, que se ven con fuerza incluso para asediar y hasta zarandear al antaño superpoderoso Estado. Los episodios protagonizados por agencias y organizaciones privadas emitiendo calificaciones sobre la solvencia crediticia de Estados soberanos son una muestra más, percibida claramente ya por la opinión pública, de esa recomposición de poderes, sobre todo porque se comprueban los efectos de esas declaraciones de entidades privadas, que pueden ser devastadores para los Estados.

Se está percibiendo así por vez primera la necesidad de establecer mecanismos de protección y garantía del propio Estado y, sobre todo, de los intereses generales, del bien común, cuya atención justifica su propia existencia. Ya hemos visto como la reciente, y un tanto subrepticia, reforma del artículo 135 de la Constitución se endereza directamente a la protección del propio Estado ante los riesgos derivados de su exposición a los mercados financieros.

---

la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010, pp. 295 y ss.

Pero no sólo se trata de proteger la sostenibilidad del Estado mediante reacciones un tanto espectaculares en cuanto conllevan la reforma de la Constitución; también, y sobre todo, han de tutelarse y protegerse ahora unos intereses generales que pueden verse bajo la presión de unos poderes privados que, como ya nos consta, se han organizado y reforzado muy considerablemente. La mayor parte de los casos en los que ahora se percibe que los intereses generales pueden verse desatendidos es porque se ha producido en ellos una retirada —normalmente vinculada a procesos genéricamente llamados privatizadores— de la Administración o de los gestores públicos que se justificaban precisamente en la tutela de esos intereses. Pero la dimensión pública de los intereses en juego en estos servicios y funciones<sup>22</sup> no desaparece en modo alguno porque desaparezca de ellos la Administración y asuman el protagonismo los operadores privados. Una vía de protección de esos intereses públicos es entonces la aplicación a estos sujetos públicos de las reglas de Derecho público que tienen como finalidad la protección de tales intereses. Se aplica así el Derecho público a sujetos privados y a relaciones entre sujetos privados si recaen sobre materias o actividades con una dimensión pública reconocida. Esa extensión del Derecho público puede no ser del todo pacífica pues rompe con concepciones dogmáticas muy arraigadas a las que nos referimos a continuación.

## *2. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos privados sobre materias, servicios y actividades de interés público*

El Derecho público aplicado a relaciones entre particulares, sin presencia subjetiva alguna de una Administración o sujeto público, abre sin duda una grieta anchurosa en ciertas concepciones dogmáticas firmemente asentadas.

---

<sup>22</sup> Cuales sean esas funciones y esos servicios es desde luego una cuestión debatida pero parece que en cualquier caso habrían de quedar comprendidas las funciones y sectores que en las dos últimas décadas, al filo del proceso de recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad se han deslizado desde el Estado, de la órbita y titularidad administrativa, hacia la sociedad. La explicación de ese tránsito está, como se ha destacado, en la capacidad técnica y racionalidad en términos de coste que muestra la sociedad y los operadores privados, pero no en que estas funciones y servicios hayan perdido su dimensión pública que permanece inalterada y no se cuestiona. Como experiencia ilustrativa, por abarcar diversos y relevantes sectores, la liberalización de servicios publicados que se produce en esas décadas no se ha percibido en modo alguno como una pérdida de la dimensión pública de los mismos (no en vano son objeto de una significativa reconversión terminológica: servicios de interés general) que ahora se pretende mantener y tutelar a través de la actividad administrativa de regulación



Se trata de las concepciones subjetivas que hacen de la presencia un sujeto público condición necesaria para la aplicación del Derecho público, o subjetiva de la Administración una condición necesaria para la aplicación del Derecho público, particularmente destacada por sus pretensiones sistematizadoras y la autoridad e influencia de su principal expositor, resulta la conocida concepción estatutaria del Derecho administrativo que lo comprende como un Derecho estamental, propio de una característica de sujetos, las Administraciones Públicas, precisamente.<sup>23</sup> Según esta doctrina no sería de aplicación el Derecho administrativo más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones.

En los tiempos recientes el dominio de la complejidad ha puesto en cuestión este tipo de concepciones categóricas, pretendidamente sin fisuras que, por lo demás, fueron elaboradas en ámbitos estrictamente académicos para dar respuesta a específicas exigencias que en ellos se planteaban, como la determinación del objeto propio y característico de las diferentes disciplinas y asignaturas, áreas de conocimiento, de los estudios universitarios.<sup>24</sup>

La realidad con toda su riqueza y complejidad ha venido cuarteando estas y otras doctrinas. El traslado a sujetos privados de funciones públicas que ya no son en muchos casos de mera gestión sino que comportan plenas capacidades decisorias, rebasa por completo los contornos de las concepciones subjetivas o estatutarias que circunscriben la aplicación del Derecho administrativo a las actividades y relaciones protagonizadas por las Administraciones Públicas. En el fondo, esas concepciones se apoyaban y encontraban su sentido en el paradigma de una correlación entre Estado y sociedad que hacía del Estado el eje y centro del poder público, de ahí la adscripción de aquellas a la estructura subjetiva del Estado y su aparato administrativo. Pero al alterarse y recomponerse esa correlación con el nuevo protagonismo de la sociedad en la detentación y ejercicio del poder público, en buena medida ganado al Estado, estas concepciones pierden su entorno conceptual y su paradigma de referencia. Y así es como se ha percibido en los análisis más certeros que aciertan a situar estas transformaciones en la marco de una recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> E. García de Enterría, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 10, 1960, pp. 317 y ss.

<sup>24</sup> Por supuesto que importante también para la determinación de la jurisdicción competente, pero eso también tiene que cambiar.

<sup>25</sup> Carrillo Donaire afirma así que «la trascendencia actual de la categoría —se refiere el autor a la de particulares que ejercen funciones públicas— está íntimamente ligada a la

Estas concepciones subjetivas se han visto por lo demás muy cuarteadas por una tendencia cada vez más firme a extender el Derecho público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados, más allá por tanto de su ámbito tradicional de aplicación en torno al Estado, las Administraciones y Agencias Públicas. Una tendencia que parece cristalizar primero en fórmulas operativas en el entorno de la regulación de servicios de interés general, pero que rebasa este ámbito para proyectarse sobre otras modalidades de actuaciones o relaciones de sujetos privados en las que se ven afectados intereses públicos inequívocos que han de ser convenientemente atendidos y protegidos.

La reconfiguración de las relaciones entre Estado y sociedad se nos hace patente así una vez más. El Derecho público que se gesta en torno al Estado, a sus Administraciones como sujetos públicos ejecutivos, y que requería de su presencia para su aplicación, se extiende ahora a la sociedad postulándose su aplicación a relaciones en las que no interviene sujeto público alguno.

Se está produciendo así un doble y muy significativo flujo entre Estado y sociedad. El primero es la transferencia de medios y funciones desde el Estado a la sociedad, al sector privado; un proceso de privatización por usar una denominación genérica. El segundo es la extensión a estos sujetos privados, a ciertos aspectos de la actividad que desarrollan, del régimen de Derecho público, al menos de sus principios más característicos en la medida en que se va tomando conciencia de la significación y relevancia pública de ciertas actividades y funciones que estos sujetos privados desarrollan. En muchos sectores se repliega o desaparece la Administración Pública, o cuando menos su protagonismo gestor o su posición de titularidad. Pero no ha desaparecido la dimensión pública que se advierte en ellos y de ahí que se mantenga, o se recupere, el Derecho público, el Derecho administrativo, atento y sensible a los intereses públicos en juego, aplicado ahora a sujetos privados en el marco de sus relaciones.

De este modo el Derecho público, particularmente el Derecho administrativo, que se había gestado en la órbita del Estado, en torno a la actividad de la Administración, rebasa esa órbita originaria para extenderse a la otra

---

cuestión de los límites de aplicación del Derecho administrativo en la constante redefinición de las relaciones Estado-sociedad y al debate sobre el concepto mismo de la disciplina», J. A. Carrillo Donaire, que analiza de manera rigurosa un sector dominado por una complejidad técnica que desborda el conocimiento medio de las Administraciones lo que motiva el traslado a particulares, a la sociedad, de funciones públicas. *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000 p. 551.

esfera, la de la sociedad. Se trata de un movimiento que guarda relación con las transformaciones recientes en esa correlación entre Estado y sociedad. Se destacaba y constataba aquí como los centros e instrumentos de poder más relevantes se encuentran hoy extramuros del Estado, en la sociedad podría decirse. Ahí está la explicación y la pertinencia de la extensión de este Derecho limitador y regulador de los posibles abusos y arbitrariedades del poder, que es el Derecho administrativo, a ciertos aspectos de la actividad, de ciertos sujetos privados en la medida en que afectan a relevantes intereses públicos.

Se abre así una nueva dimensión horizontal en el Derecho público a la que habrá que prestarle especial atención. Las referencias originarias de este Derecho lo articulaban en torno a un eje vertical, jerárquico de algún modo: el que marcaba la relación entre poder público —la Administración en muchos casos— y el ciudadano o el sujeto privado. En su nueva orientación horizontal el Derecho público se abre así a relaciones entre sujetos privados.

Por supuesto que en esa nueva orientación la aplicación del Derecho público habrá de atenerse a unos criterios que marquen los límites de su aplicación. No se aplicará a cualquier sujeto, y a los que les resulte de aplicación lo será sólo en ciertos aspectos de su actuación. La determinación de esos criterios y límites de aplicación será sin duda una cuestión compleja y no falta de controversia. En cualquier caso, para plantear esta y otras relevantes cuestiones conviene distinguir diferentes supuestos y modalidades en la extensión del Derecho público al espacio subjetivo privado.

### *3. Las técnicas del modelo de regulación horizontal en competencia entre operadores*

El actual modelo de regulación de servicios económicos de interés general es el que he dado en llamar modelo horizontal porque en él se advierte esta nueva orientación. La regulación pública se proyecta en efecto en las relaciones entre operadores porque se entiende que el sistema desplegará sus efectos racionalizadores y de optimización en materia de precios, calidad y seguridad si se consigue y mantiene una efectiva competencia entre los operadores.

Conviene reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la regulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad —en este caso

titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado.<sup>26</sup>

En el ámbito de los servicios sujetos a regulación que ahora contemplamos, la intervención pública en las relaciones entre operadores se produce en momentos y entornos diversos. Uno de ellos es el acceso a redes si se trata, como es frecuente, de servicios que necesitan de este soporte técnico. Hay operadores que disponen de redes propias, que llegan a estar muy extendidas si pertenecen a operadores que ostentaron una posición monopolista en el anterior modelo regulatorio. Se trata entonces de que los operadores puedan interconectar sus redes, permitiendo así a los operadores entrantes acceder a las grandes redes de que disponen sus mayores competidores. La intervención de las autoridades reguladoras se concentra entonces en los acuerdos, contratos, de interconexión de redes entre operadores para situar a los operadores en una posición que permita la competencia efectiva entre ellos, evitando abusos de los operadores dominantes. Una intervención que con toda normalidad puede alcanzar al elemento fundamental de estos acuerdos: el precio de acceso a las redes.<sup>27</sup>

Esta regulación pública percute así directamente sobre el núcleo mismo de la institución contractual en su configuración característica por el De-

---

<sup>26</sup> En ese sentido, concluye Mercé Darnaculleta, «se cierra el círculo así con la consiguiente consideración: el Estado garante es, al mismo tiempo, un Estado regulador y, a la inversa, la regulación es una estrategia de intervención propia y característica del Estado garante», en su artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, op. cit. p. 386. En la doctrina alemana, entre otros muchos, M. Ruffert, es bien categórico al afirmar que «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante» en su estudio sobre el concepto de regulación en la obra colectiva *Regulierungsrecht*, M. Fehling/M. Ruffert, (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 359. De esa obra y su entorno conceptual, en el que ahora reparamos, doy cuenta en mi crónica «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010, pp. 295 y ss.

<sup>27</sup> Sobre estas cuestiones resulta de gran interés el estudio de F. B. López-Jurado, «Técnicas específicas de los servicios en red», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., pp. 759 y ss.

recho privado y la autonomía de la voluntad que se reconoce a los sujetos, inequívocamente privados, que son los operadores. Esta extensión del Derecho público, de la regulación pública, al plano horizontal de las relaciones entre operadores, sujetos privados, ha suscitado las naturales resistencias.

El Tribunal Supremo se ha enfrentado a esta cuestión destacando que las coordenadas de estos contratos y relaciones no son las propias y características del Derecho privado, aun siendo las partes inequívocamente sujetos privados, sino las propias del Derecho público, atento a los intereses públicos que puedan verse afectados.

Afirma así el TS que «la actuación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en la resolución del conflicto de interconexión entre los operadores contendientes Amena y Vodafone no requiere de la apelación a las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, porque la función del órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios» (STS 1 octubre 2008).<sup>28</sup>

Se reconoce así la intervención pública, la aplicación del Derecho público e, implícita pero consecuentemente, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de posibles controversias, en determinadas relaciones entre sujetos privados. El Derecho público adopta así esta novedosa proyección horizontal que, en el marco de la regulación de servicios públicos en que ahora nos situamos, se produce con la configuración de un modelo de regulación que se articula como ya nos consta en torno a un eje horizontal que se conforma en torno a las relaciones entre operadores para alcanzar en lo posible una competencia efectiva entre ellos.

El sistema de regulación de servicios económicos de interés general ofrece por lo demás fórmulas específicas de relaciones y obligaciones entre sujetos privados, los operadores, que se enderezan a la atención de intereses públicos, corrigiendo o rechazando la tendencia característica del mercado y el interés privado.

---

<sup>28</sup> Más apoyatura jurisprudencial en esta misma línea puede encontrarse en mi trabajo «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit. pp. 881 y ss.

Destaca al efecto el régimen de las llamadas obligaciones de servicio público que se inicia en el sector de las telecomunicaciones y extenderse luego a otros.<sup>29</sup> Tiene su sentido y justificación en un panorama marcado por la presencia exclusiva de operadores privados —abandonando así el Estado las posiciones de titularidad sobre estos servicios desde las que ostentaba poderes muy efectivos para la atención de los intereses generales— en sectores económicos de interés general. La lógica del mercado, de la oferta y la demanda, el interés particular de los operadores, conduciría a concentrar la prestación de estos servicios allí donde se configura la mayor demanda —así en las zonas urbanas o densamente pobladas— y lógicamente mayores son las expectativas económicas de rentabilidad. No habría interés alguno en los operadores privados por atender zonas o bolsas de población sin expectativas de rentabilidad.

Para corregir esta tendencia se establecen las llamadas obligaciones de servicio público que imponen al conjunto de operadores la obligación de ofrecer sus servicios en esas zonas o a esos segmentos de población que no resultan comercialmente atractivos pero que deben atenderse para alcanzar la igualdad y accesibilidad a servicios básicos que postulan las más elementales exigencias del bien común. Habrá de establecer entonces el regulador público, o los propios operadores mediante acuerdos, como se afrontan las obligaciones de servicio público y se distribuyen entre ellos. Las opciones son diversas como muestra la experiencia todavía reciente: puede que esas obligaciones se encomienden a un operador dominante, máxime si disfrutó de la ventaja del monopolio en el anterior sistema regulatorio; puede que se distribuyan de manera tendencialmente proporcional entre los operadores; puede que se constituya un fondo entre los operadores con aportaciones proporcionales para afrontar y financiar estas obligaciones de servicio público, etc.

#### *4. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos públicos más allá de los sectores sujetos a regulación. La experiencia anglosajona*

La tendencia a la aplicación del Derecho público rebasa en cualquier caso el marco del modelo de regulación horizontal en competencia. Este modelo sin duda ha propulsado la proyección horizontal del Derecho público, resultando de aplicación a relaciones entre sujetos privados desprendiéndose

---

<sup>29</sup> Fundamental sobre el tema, la monografía de M. Carlón Ruiz, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2007.

así de estructura marcadamente vertical característica de las relaciones de Derecho público con la ineludible presencia en ellas de una autoridad o una Administración pública. Pero esa orientación horizontal tiende a rebasar el marco de los servicios económicos de interés general sujetos a regulación.

Es un fenómeno reciente necesitado por ello de particular atención, que puede considerarse bastante generalizado aunque presenta variantes en las diferentes culturas jurídicas en las que se produce. De particular interés resulta la evolución que se registra en la órbita anglosajona.

Fue significativamente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América donde, sobre todo durante los mandatos de Margaret Tahtcher y Ronald Reagan se llevaron a cabo las primeras políticas y experiencias privatizadoras, desreguladoras como también se las conoce, a gran escala.<sup>30</sup> Pero ha sido ya entrado el presente siglo cuando se advierte que buena parte de los servicios, tareas y funciones transferidas a sujetos privados tienen una incuestionable dimensión pública que puede quedar desatendida si se someten plenamente al Derecho privado. Por lo demás, la privatización, la externalización, u otras fórmulas materialmente similares,<sup>31</sup> han llegado a propiciar verdaderas situaciones límite, que llegan a lo espeluznante en algunos supuestos, como pone de manifiesto el caso Blackwater que parece destinado a convertirse en un *leading case* no sólo en la materia de responsabilidad que ahora se suscita ante los Tribunales sino en otros importantes frentes.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Aunque como ya hemos tenido ocasión de destacar, las primeras experiencias liberalizadoras como alternativa radical al modelo de regulación monopolista, entre las que destaca la impulsada por Alfred Kahn en el sector del transporte aéreo, se realizaron en la década de los setenta bajo la presidencia del demócrata Jimmy Carter y con la muy activa participación en esta política del senador demócrata Edward Kennedy.

<sup>31</sup> Al respecto, G. E. Metzger, «Privatization as Delegation», *Columbia Law Review*, 103, 2003.

<sup>32</sup> El 16 de septiembre de 2007, en la muy concurrida plaza Nisour de Bagdad, guardias armados disparan contra un vehículo que consideraron sospechoso al entrar en la plaza. El conductor es abatido y su cuerpo presiona el acelerador. Al acercarse el vehículo a mayor velocidad, los guardias disparan a quemarropa en todas direcciones causando la muerte de 17 civiles, entre ellos varios niños. Richard Frankel se plantea que como es posible que soldados entrenados, con la debida instrucción puedan cometer semejante barbarie. La respuesta es que no eran soldados. Se trataba de empleados de Blackwater USA, una compañía privada contratada por el Gobierno Federal para prestar «servicios de seguridad». Los detalles del caso y su tratamiento desde los principios de la responsabilidad por daños en R. Frankel, «Regulating Privatized Government through art. 1983», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, núm. 4, 2009.

Es por ello por lo que se postula la aplicación del Derecho público a toda una serie de actividades desempeñadas antes por Administraciones Públicas y que habían sido objeto de privatización.<sup>33</sup> Se tiene el convencimiento de si no es así, no puede ejercerse un control efectivo sobre el desarrollo de estas actividades para verificar y garantizar la correcta atención a los intereses públicos en juego. No se han mostrado efectivas las fórmulas de control que, con mucha imaginación y esfuerzo por parte de los Tribunales, se han querido elaborar tomando como referencia los parámetros del *common law* para las relaciones entre particulares, propios y característicos del Derecho privado como la responsabilidad por daños, relaciones contractuales, o el régimen de las perturbaciones actualizado en torno a las inmisiones (*torts, contracts, public nuisance standards*).

La aplicación de normas y principios de Derecho público se considera ya incuestionable si a los sujetos privados se les atribuye una función pública mediante una decisión de la Administración, una concesión (*grant*), o reciben fondos públicos por una u otra vía, o si mantienen una relación contractual, en sentido muy amplio susceptible de abarcar múltiples modalidades, con la Administración.

No se trata desde luego de la aplicación masiva, rutinaria e indiscriminada del Derecho público a todos los sujetos privados que puedan ejercer funciones públicas o hayan sido destinatarios de operaciones privatizadoras puesto que ello los convertiría de hecho en sujetos públicos —Agencias o Administraciones— y eliminaría las aportaciones positivas o las expectativas que pudiera suscitar la privatización o la atribución de cometidos públicos a sujetos privados. Entre esas aportaciones se destacan la eficiencia económica, concretamente la racionalidad y ajuste en los costes que se supone al sector privado, y más recientemente —y sin duda con mayor proyección en el futuro como hemos tenido ocasión de destacar— el conocimiento experto que en muchos sectores ya no se encuentra en la órbita de la Administración Pública.

Se trata entonces de establecer criterios de aplicación del Derecho público a sujetos privados. La jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido ha reconocido en diversas ocasiones que a ciertos sujetos privados en la medida en que realizan funciones públicas o reciben fondos

---

<sup>33</sup> Vid. J. Freeman, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, Vol. 116, 2003. pp. 1285 y ss.



públicos han de ajustar su actividad, o parte de ella, al Derecho público. La consecuencia más relevante de esa sujeción es la posibilidad de revisión judicial (*judicial review*) que es la característica determinante del *Administrative Law*. En ese entorno conceptual, la jurisprudencia había mantenido su adscripción al criterio tradicional de activación del control judicial que es la concurrencia del vicio de *ultra vires*: cuando la Agencia o la Administración excede en el ejercicio de sus poderes las facultades conferidas o delegadas mediante *statute*, mediante ley, por el Congreso.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran que este criterio tradicional, que se inserta y explica en la teoría clásica de la *judicial review*, no alcanza a dominar toda una serie de actuaciones de sujetos privados en el ejercicio del poder público cuando tales cometidos no se han atribuido mediante ley o decisión del legislativo (*statute*), sino mediante actos o decisiones de las propias Agencias y Administraciones: a través de concesiones (*grants*), contratos (*contracting out*) y también en ciertos casos en los que se otorgan fondos públicos para la realización de determinadas actividades por sujetos privados. Es justamente por estas vías por las que mayormente discurre el proceso de privatización y externalización de funciones públicas. Si se mantiene a ultranza el criterio del *ultra vires*, que presupone la atribución de funciones por una norma, quedarían fuera de la revisión judicial y de la aplicación del Derecho público todas las actuaciones de sujetos privados que fueron facultadas por una decisión de la Administración.

Es por ello por lo que recientemente se tiende a utilizar criterios funcionales que reparan por tanto en el tipo de función que realiza el sujeto privado, considerando particularmente su posible relevancia o significación pública, para determinar la procedencia de la revisión judicial y la aplicación del Derecho público.<sup>34</sup>

Entre otros que se han producido recientemente en diversas jurisdicciones, un caso que ha suscitado una gran atención doctrinal<sup>35</sup> y que para nosotros resulta muy significativo es el *Société de l'assurance automobile du Québec v. Cyr*, resuelto por la Corte Suprema del Canadá.<sup>36</sup> Se trata

---

<sup>34</sup> En esa misma línea, J. Freeman, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, cit.

<sup>35</sup> De ella da cumplida cuenta F. Hoehn en «Privatization and the boundaries of judicial review», *Canadian Public Administration*, vol. 54, 2011, pp. 73 y ss.

<sup>36</sup> 2008, 1 S.C.R. 338 (Cyr).

de un caso que podríamos perfectamente adscribir a la realidad, conocida aunque no adecuadamente sistematizada entre nosotros, de las entidades colaboradoras de la Administración. Concretamente las entidades privadas que realizan funciones de control técnico relacionadas con la función pública de seguridad de los automóviles. Lo que se conoce en definitiva como Inspección Técnica de Vehículos.<sup>37</sup> El caso resuelto por la *Supreme Court* se inicia con una demanda presentada por *Yvan Cyr*, un mecánico de una compañía privada (*L'assurance automobile du Quebec*) que realizaba la función pública de inspección técnica de vehículos. Una función que se le encomendaba a esta entidad privada a través de un contrato con una Agencia pública. La controversia se planteó cuando se revocó la designación de *Yvan Cyr* como «*accredited mechanic*» para realizar esas funciones. La Corte entendió que resultaban aplicables al caso las normas de Derecho público.

Lo relevante es que se superó aquí el criterio tradicional del *ultra vires*, limitado a los casos en los que se había rebasado los márgenes de una delegación o atribución legal, por lo que requiere siempre de una norma o decisión del Congreso. Quedarían fuera del alcance de esa revisión judicial los casos, cada vez más frecuentes, en que esa atribución se realiza a través de un contrato, una concesión u otorgamiento (*grant*) por una Agencia o Administración. El criterio funcional que en este y en algún otro caso utiliza la Corte Suprema del Canadá permite extender el control judicial y la aplicación de las normas y principios de Derecho público a este tipo de supuestos.

Por ello mismo la doctrina ha valorado muy positivamente esta jurisprudencia puesto que de lo contrario, de mantenerse exclusivamente el criterio estricto del *ultra vires*, el Derecho público, y la atención a los intereses generales que le es propia, podía quedar al margen del amplio flujo que se produce en torno a toda una serie de funciones que las Administraciones y Agencias están transfiriendo, externalizando, por vía contractual o mediante decisiones de otorgamiento (*grant*).

Sin embargo se tiene conciencia de que la extensión o aplicación del Derecho público no es un objetivo en si mismo. De lo que se trata es de

---

<sup>37</sup> Objeto de atención también por nuestra doctrina por el entrecruzamiento de funciones públicas y sujetos privados que las ejercen vid. al respecto Estanislao Arana, «Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm., 54, 1999, pp. 9 y ss. Dolors Canals, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.

atender y proteger adecuadamente los intereses en juego. Si se advierte la presencia de intereses inequívocamente públicos, entonces puede ser conveniente la aplicación del Derecho público, aunque no siempre resulte la solución más adecuada.<sup>38</sup>

Pueden establecerse al respecto una serie de criterios correctores y delimitadores de la aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares en las que el interés público tiene una destacada significación.

El primero sería que el Derecho privado, naturalmente llamado a regular una relación entre particulares, ofreciese mecanismos y determinaciones capaces de dispensar a los intereses públicos en juego una protección efectiva.

Otro criterio modulador se advierte en la eficacia y los costes. La externalización o atribución a particulares de determinados cometidos antes cumplidos por la Administración se justifica en muchos casos por la eficacia que se espera de una gestión privada, descargada de las exigencias procedimentales del Derecho administrativo. También habría que ponderar en términos restrictivos la aplicación del Derecho público si conllevara un incremento desproporcionado de los costes para el erario público, sobre todo si la justificación de la privatización en el caso concreto de que se tratare viniese impuesta por la reducción o eliminación de costes.

La aplicación del Derecho público, entienden algunos autores,<sup>39</sup> debería ceder o contenerse si afectase a otros objetivos públicos o incluso intereses privados más relevantes.

En cualquier caso, la aplicación del Derecho público no habría de mermar o distorsionar los elementos característicos y positivos de la privatización entre los que destacan la eficiencia, los costes ajustados, la gestión y el conocimiento experto y la innovación o adaptación tecnológica. Cuando el Parlamento, mediante normas, o la Administración mediante decisiones singulares promueven procesos de privatización o externalización están buscando con toda lógica alguna —o todas— de sus aportaciones o ventajas. No tendría sentido entonces la extensión del Derecho público si merma o evita estas ventajas, pero eso mejor habría sido no acometer la privatización y mantener el sector o la actividad de que se trate en manos de un ente público.

---

<sup>38</sup> S. Page, «The web of managerial accountability: The impact of reinventing government», *Administration and Society*, n. 38, 2006.

<sup>39</sup> Así, F. Hoehn, «Privatization and the boundaries of judicial review», *cit.*, 2011, p. 93.

5. *La extensión del Derecho público por la vía subjetiva. Atribución de un cierto estatuto público a sujetos privados ejercientes de funciones públicas. La experiencia germánica*

La extensión del Derecho público, al discurrir por conductos diversos, ofrece también manifestaciones diversas. La que acabamos de presentar, prestando particular atención a su desarrollo en la órbita anglosajona, es la que convencionalmente podría denominarse la vía objetiva, pues supone la aplicación objetiva del Derecho público a sujetos inequívocamente privados.

Otra vía de expansión del Derecho público sería entonces la que, también convencionalmente, podríamos caracterizar como subjetiva: a ciertos sujetos privados se les aplica —a ciertos aspectos de su actividad— un régimen o estatuto de Derecho público sin que ello ponga en cuestión la naturaleza privada de los mismos pues no se convierten en modo alguno en Agencias o Administraciones Públicas.

Esta extensión del Derecho público por la vía subjetiva ha tenido un gran desarrollo en la órbita germánica donde este tipo de sujetos privados que, bajo su propia responsabilidad, ejercen funciones públicas son perfectamente reconocibles en la categoría —perfectamente definida y asentada, con un renacimiento y desarrollo espectacular en los últimos tiempos al filo del fenómeno privatizador— de los *Beliehne* o habilitados.

Ya en el siglo XIX las leyes de varios Estados alemanes reconocieron plenos efectos públicos a las actuaciones y decisiones de ciertos sujetos privados, como si se tratase de resoluciones adoptadas por la propia Administración. Podemos utilizar a título de ejemplo el significativo y recurrente sector —que nos aparecía en el apartado anterior en la órbita anglosajona, caso Cyr— del control técnico por razones de seguridad.<sup>40</sup> En el siglo XIX, en plena revolución industrial se constituyeron en Alemania asociaciones privadas de ingenieros e industriales que realizaban controles técnicos de

---

<sup>40</sup> Sector que significativamente ha suscitado entre nosotros los estudios más relevantes, como el del propio J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000, el de D. Canals, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003 o el de M. Izquierdo, *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Más recientemente y con un enfoque más amplio, también de D. Canals, «El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración» en la obra colectiva del mismo nombre dirigida por A. GALÁN, Huygens, Barcelona, 2010, pp. 21 y ss.

artefactos que generaban riesgos, sobre todo calderas de vapor que por entonces explotaban con alguna frecuencia. En un momento dado, el Estado —la primera expresión la ofrece la Ordenanza (*Verdornung*) del Estado prusiano de 1874— reconoció este tipo de controles y certificados como propios, como si hubieran sido realizados por su Administración y con sus propios funcionarios. El Estado prusiano ya era consciente entonces de que el conocimiento técnico estaba más del lado de las empresas y sus ingenieros que de los burócratas de su Administración, muy reconocidos en la tramitación de expedientes, ordenación de registros y otras muchas tareas, pero escasamente capacitados para apreciar las complejas cuestiones técnicas que se planteaban en torno a la seguridad de toda una serie de artefactos industriales.

De esta experiencia proceden las TÜV, Asociaciones para la Inspección Técnica, (*Technische Überwachung Vereine*), asociaciones privadas de técnicos e ingenieros que realizan funciones de control técnico. La singularidad de estos sujetos es que sus actuaciones o decisiones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por una Administración Pública. Para precisar esa sustancia característica, resulta conveniente e ilustrativo diferenciar su actuación con respecto a la figura del concesionario, que sin duda nos resulta más próxima. El concesionario es un gestor material de un servicio sobre el que las decisiones fundamentales —precios, desarrollo, proyección personal o territorial, etc.— son adoptadas por la Administración; el concesionario es un mero ejecutor de las mismas con la expectativa de obtener unos ingresos en esa gestión material. La correlación es clara: la Administración decide, el concesionario ejecuta materialmente, gestiona.

Esa correlación se invierte, justamente, con el tipo de sujetos habilitados (*Beliehne*) en los que ahora reparamos. Son estos sujetos los que deciden, los que resuelven, y, en todo caso, es la Administración Pública la que materialmente ejecuta esas decisiones. En el sector que contemplamos, el conocimiento técnico está en la órbita de particulares, ingenieros y técnicos. La Administración ordinaria es ciega para la toma de decisiones en esta materia. De ahí que la capacidad decisoria corresponde a estos sujetos privados habilitados —se decide, por ejemplo, el cierre de una instalación que rebasa el riesgo permitido— mientras que a la Administración, caso de intervenir, le correspondería una actuación meramente ejecutiva de la decisión adoptada el particular habilitado, en este caso haciendo efectivo el cierre de la instalación si hubiera oposición por su titular.

Los *Beleihne* operan en otros muchos sectores más allá del control de riesgos que hemos tomado como referencia por observarse de manera generalizada, también por supuesto entre nosotros, una transferencia de estas funciones públicas a sujetos privados. Se tiene la plena convicción de que se trata de sujetos genuinamente privados, pero no es menos firme el convencimiento de que ejercen genuinas funciones públicas; aunque no toda su actividad pueda tener esa relevancia pública. Así las TÜV, además de las funciones públicas en materia de inspección técnica y control de riesgos, desarrollan otro tipo de actividades comerciales en las que no tienen la condición de *Beleihne* ni se someten al Derecho público.

Pero el componente tal vez más característico, el elemento diferencial respecto a otras figuras, radica en la capacidad decisoria, resolutoria, que ostentan estos sujetos. No son ejecutores, gestores, de tareas públicas. Son personas que deciden bajo su propia responsabilidad; este es el rasgo más destacado por la doctrina y la jurisprudencia alemana. Se marca así la deferencia respecto a otros sujetos, los concesionarios destacadamente, que son meros gestores y cuya actuación puede imputarse en último término a la Administración titular del servicio; es ésta en último término la responsable del servicio, aunque su gestión material corresponda al concesionario. Hablo aquí, como habrá podido notarse, de responsabilidad en sentido amplio, en el sentido de titularidad, y no en la acepción de la responsabilidad civil por daños.<sup>41</sup>

Son por tanto sujetos con capacidad resolutoria y sus resoluciones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por la Administración. Entonces, en el entorno dogmático y conceptual del Derecho administrativo continental, la cuestión que inevitablemente se plantea es si estas resoluciones tienen o no el carácter de actos administrativos. La respuesta, tras un debate doctrinal y jurisprudencial que se desarrolló en los años sesenta del pasado siglo, es unánimemente afirmativa. Estos sujetos privados que han sido facultados mediante la correspondiente habilitación (*Beleihung*) dictan

---

<sup>41</sup> Esta responsabilidad civil sí que se le puede atribuir al concesionario, si concurren determinadas circunstancias, pero no la responsabilidad derivada de la titularidad y dirección del servicio que corresponde a la Administración. En el Derecho alemán, el término que se emplea para caracterizar la actuación de los *Beleihne* es este último de responsabilidad (*Verantwortung*) en ese sentido más amplio de titularidad y de capacidad última de decisión (decisión bajo propia responsabilidad, *eigene Verantwortung*) y no el término de responsabilidad civil por posibles daños (*Haftung*).

auténticos actos administrativos cuando adoptan decisiones y resoluciones en el ámbito de las funciones públicas que les han sido encomendadas.<sup>42</sup> De ello habrían de derivarse una serie de consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable que se materializan de manera coherente en dos fases.

Una es la fase previa a esa resolución que tiene la naturaleza de acto administrativo: resulta aquí plenamente exigible y de ordinaria aplicación el régimen del procedimiento administrativo en las que son sus fases principales. Una vez adoptada la decisión por el sujeto privado habilitado, pueden interponerse los recursos que procedan quedando abierta en cualquier caso la vía judicial. La jurisdicción competente para conocer de estas resoluciones es, en plena coherencia con su naturaleza de acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por supuesto que el régimen jurídico de los sujetos habilitados (*Beliehne*) para el ejercicio de funciones públicas rompe por completo cualquier tipo de concepción público subjetiva, o estatutaria, del Derecho administrativo que postularía la aplicación de este Derecho sólo a sujetos públicos, a Administraciones, o a relaciones jurídicas en las cuales ha de estar necesariamente presente una Administración. Los *Beliehne* contradicen abiertamente esta concepción y ahí se explica la polémica, anteriormente aludida, de hace cincuenta años cuando se acabó reconociendo la naturaleza de acto administrativo de sus resoluciones como genuinos actos administrativos.

Pero lo cierto es que en la actualidad esta figura se percibe como un antecedente en el fenómeno de traslado masivo de cometidos y servicios públicos que está conllevando la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, a buena parte de la actividad de estos sujetos privados. Esta extensión del Derecho público se está produciendo más recientemente, en una segunda fase, si se la quiere llamar así: la primera fase, que convencionalmente podríamos localizar en los ochenta y, sobre todo, en los noventa, sería la de la privatización de muchos servicios y funciones; pero es ya entrado el presente siglo cuando se plantea, en la línea y en la lógica en las que aquí reparamos, la aplicación, la extensión del Derecho adminis-

---

<sup>42</sup> También entre nosotros se ha destacado categóricamente con relación a la actividad acreditadora de particulares en materia de seguridad industrial que «la responsabilidad del sistema queda en manos de sujetos privados que *dictan verdaderos actos administrativos* desde el punto de vista de la eficacia y los efectos jurídicos de su actividad», J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, cit., p. 455 (la cursiva es mía).

trativo a estos sujetos destinatarios de procesos privatizadores, cuando se va adquiriendo plena conciencia de que es posible, y en muchos casos puede ser conveniente por razones pragmáticas, la atribución de esas funciones a sujetos privados, pero que no se puede desconocer su dimensión pública, la presencia de inequívocos intereses públicos que han de ser atendidos y protegidos por el Derecho público en el caso de que el Derecho privado, que es el primeramente llamado por la naturaleza privada de los sujetos intervinientes, no les dispensara una tutela adecuada.

La tradicional ecuación que se establecía tradicionalmente, en términos muy estrictos, entre sujetos públicos y Derecho público, se está rompiendo en muchos frentes en los que el Derecho público está desprendiéndose de su clásico eje vertical —relaciones entre sujetos públicos investidos de potestades y particulares— para extenderse a las relaciones entre sujetos privados si en esas relaciones están implicados intereses públicos relevantes.<sup>43</sup> En el categoría que ahora contemplamos, esa extensión del Derecho público se produce a través de una fórmula subjetiva, sujetando a determinadas personas privadas —o, mejor, a un segmento de su actividad— al Derecho público y bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza privada, ni se conviertan en sujetos públicos, menos aún en Administraciones Públicas. De ahí que en las exposiciones sistemáticas, en manuales y tratados, del Derecho administrativo no se considere en ningún caso a estos sujetos como Administraciones Públicas en su sentido subjetivo, aunque su actividad, o una parte de la misma, pueda calificarse como actividad administrativa.

Así es como en las exposiciones más aceptadas y convencionales del Derecho administrativo alemán se viene a distinguir entre la Administración directa o inmediata, que es la desarrollada por genuinas Administraciones Públicas en su acepción subjetiva, y la Administración indirecta o mediata, entre la que se encuentra la realizada por estos sujetos privados habilitados para el ejercicio de funciones públicas (*Beliehne*). Es evidente en cualquier

<sup>43</sup> Vid. al respecto el muy completo y documentado estudio de Mercé Darnaculleta, «La colaboración de entidades privadas en Alemania: los *Beliehne* o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas...cit.* Huygens, Barcelona, 2010. Las conclusivas palabras con las que esta autora cierra su artículo son, a nuestros efectos, definitivas: «En Alemania está claro, pues, que el ejercicio de funciones públicas, en sentido estricto, con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto que las ejerza, debe estar revestido de las garantías básicas previstas por el Derecho administrativo».



caso que el concepto de Administración que en estas exposiciones se está manejando es un concepto objetivo, considerando como Administración una actividad —sujeta a un régimen jurídico singular, el del Derecho administrativo— que pueden desarrollar tanto sujetos públicos —Administraciones primarias en sentido subjetivo— como sujetos privados.

Tal vez lo que más nos interese destacar de esta figura ha sido su espectacular relanzamiento en la última década. Se trata de una fórmula en franca expansión al filo del vasto proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas. En esta encrucijada la fórmula de los habilitados (*Beliehne*) se ha mostrado particularmente idónea para canalizar ese flujo tal como ha tenido ocasión de destacar la doctrina alemana del Derecho público.<sup>44</sup>

Hasta hace poco más de una década, la categoría de los *Beliehne* suscitaba el interés de su singularidad, aunque sus concretas experiencias y materializaciones eran relativamente limitadas en la práctica. Sin duda el exponente estelar y más extendido eran las *TÜV* a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos. Unas asociaciones de control técnico que tienen una gran intervención en la actividad industrial, la construcción, la tecnología y que por ello tienen una gran visibilidad social. Pero había otros exponentes de esta categoría: los capitanes de buque, los ingenieros auditores de construcción, y algunos pocos más que configuraban una reducida lista o nómina de estos sujetos que se mantuvo inalterable durante mucho tiempo.

Sin embargo en los últimos años, al filo del proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas, la fórmula conoce una gran expansión operando en sectores de gran actualidad o que han sido objeto de profundas reformas en tiempos recientes en el eje de la correlación entre lo público y lo privado, trasunto de la correlación entre Estado y sociedad. Así el sector aeroportuario y del transporte aéreo han experimentado como ya nos consta una considerable transformación de signo liberalizador y privatizador. En lo que es la gestión aeroportuaria, es mucho en principio lo que puede privatizarse, pero a los aeropuertos, a sus gestores, les compete una concreta función de incuestionable relevancia pública: la asignación de franjas horarias (que se conocen como *slots*) a las compañías aéreas para las

---

<sup>44</sup> Así lo destaca Andreas Vosskuhle, en la actualidad Presidente del Tribunal Constitucional Federal, en «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (*Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público*), núm. 62, 2003, pp. 266 y ss.

operaciones de aterrizaje y despegue de sus aeronaves. Esta es una función pública muy relevante para la regulación del transporte aéreo. El Derecho europeo establece que la asignación de estos *slots* habrá de realizarse a través de un procedimiento transparente y con criterios objetivos, apuntando sin duda al carácter público de esta función. En Alemania se ha recurrido significativamente a la fórmula de los *Beliehne* que permite la gestión aeroportuaria por un sujeto privado pero que, en el cometido concreto de la asignación de franjas horarias a compañías, ejerce una función pública para la que cuenta con la correspondiente habilitación. El procedimiento que siguen para la adopción de estas decisiones y los recursos que contra ellas puedan plantearse están regidos por el Derecho administrativo y es la jurisdicción contenciosa la competente para conocer de ellas en su caso.

Otros sectores de gran actualidad y proyección ofrecen también recientes y significativas experiencias en la aplicación del estatuto público característico de la *Beleihung*. Así el sector ambiental, donde tienen tal condición los acreditadores y verificadores ambientales.<sup>45</sup> O en el de residuos, al atribuirse el estatuto propio de la *Beleihung* a ciertos gestores que ejercen funciones públicas en el control, supervisión y decisiones sobre el tratamiento y destino de los residuos.

---

<sup>144</sup> Muy ilustrativa al respecto la crónica de M. Tarrés Vives, «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana», en esta Revista, n. 145, 1998, pp. 503 y ss. Se presenta ahí con toda claridad el modo en que el Ministerio de Medio Ambiente es facultado por la Ley para habilitar (*zu beleihen*) a sujetos privados para el ejercicio de funciones públicas y la aplicación a ellas de un régimen de Derecho administrativo.