

PRESENTACIÓN:
LA SUJECIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
AL DERECHO PÚBLICO Y AL DERECHO PRIVADO

Javier Barnes

PRESENTACIÓN: LA SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO PÚBLICO Y AL DERECHO PRIVADO

Javier Barnes

LA Administración se somete al Derecho Público y, en medida nada despreciable, al Derecho Privado. En ese sentido, el Derecho de la Administración es público y privado. Así, cuando se prescribe el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho –como hace por ejemplo el art. 103.1 de la Constitución española de 1978– se postula su sujeción, obvio es decirlo, a ambas ramas.

El objeto de la presente obra colectiva reside en la vinculación de la Administración al Derecho Público y, *en particular*, al Derecho Privado: su fundamento, alcance y límites, así como sus recíprocas interacciones. Interesa en primer lugar la perspectiva que ofrece el Derecho positivo, que nos indicará en qué casos y condiciones la Administración se somete a una u otra rama del Derecho. Y, en segundo término, la mirada comparada entre los ordenamientos participantes. Al margen queda el más amplio debate teórico sobre la división en abstracto entre Derecho Público y Derecho Privado¹.

Nuestra indagación explora lo dispuesto en cada Constitución y en el resto del respectivo ordenamiento jurídico, a fin de delimitar la vigencia de esta clasificación y sus concretas consecuencias jurídicas. Ese análisis de Derecho vigente pretende ser holístico. Y ello porque el Derecho Público y el Derecho Privado, en cuanto vinculantes para la Administración, no representan dos esferas radicalmente separadas, aunque cada una conserve su autonomía, razón de ser y características que les son propias, pues éstas no se disuelven ni se amalgaman por más que tengan por objeto a un mismo sujeto. No forman compartimentos estancos y a la postre constituyen un

[1] Por ejemplo, y desde una clave histórica, puede citarse B. Sordi, *Diritto Pubblico e diritto privato. Una genealogía storica*, Il Mulino, 2020.

sistema profundamente entrelazado, como habrá ocasión de abundar, y no ya sólo por el hecho de su coexistencia y complementariedad –como sucede por ejemplo cuando las sucesivas fases de una actividad administrativa se regulan en parte por el Derecho Público y en parte por el Privado sin solución de continuidad²–, sino también por los “préstamos” de principios y técnicas que puedan hacerse entre ambas ramas en determinadas situaciones³ o las modulaciones en más y en menos que el Derecho Privado puede experimentar cuando se aplica a la Administración.

La construcción conceptual o dogmática, pues, que pueda llevarse a cabo se funda en tales pilares: Derecho positivo, enfoque integral, mirada comparada. Esta tarea por lo demás se ha realizado a través de un diálogo extendido a lo largo del tiempo, en una suerte de seminario por etapas, entre los autores participantes, y de cuyo registro aquí tan sólo cabe dar cuenta de forma somera (Parte I). No ha sido, en efecto, una labor de mero acarreo o yuxtaposición, sino una acción dinámica, convergente y dialógica.

En esta primera edición, el análisis monográfico se circunscribe a Argentina, Colombia y Chile (Parte II), sin perjuicio de referencias puntuales al ordenamiento español y alemán. En sucesivas ediciones, se prevé la participación de otros países europeos y americanos. Esta obra concluye con una selección de trabajos de los editores sobre la materia (Parte III).

* * *

El Derecho Administrativo y el Derecho Privado –en cuanto ramas a las que se somete la Administración pública– han coexistido siempre, aun cuando haya habido fricciones o desencuentros en sus relaciones a lo largo de la historia. La evolución de éstas ha sido diferente en cada tiempo y lugar, en función de múltiples variables. Así, en algunos ordenamientos jurídicos, como en viejos Estados

[2] Así, por ejemplo, en el caso de la adjudicación de un contrato privado de la Administración: la adjudicación es un acto administrativo regulado por el Derecho Administrativo, mientras que el contrato se rige por el Derecho Privado.

Otro ejemplo lo proporciona el régimen de los bienes patrimoniales o de propiedad privada de la Administración en el ordenamiento español: el art. 7.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, afirma que “(e)l régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la *competencia* para adoptar los correspondientes *actos* y al *procedimiento* que ha de seguirse para ello, y las normas del *Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico*.” (cursiva añadida).

[3] *Vid. infra* Parte Segunda, I.2, y Parte Tercera.

de la Europa continental, como Francia o España, podríamos distinguir, por justa convención, tres momentos, cada uno de ellos marcados por preocupaciones diversas: en una primera etapa, se pondría el acento en la emancipación y autonomía del Derecho Administrativo, con una evidente vocación expansiva; más tarde y una vez obtenida su mayoría de edad, se advertiría, en dirección contraria, que el Derecho de la Administración no podía basarse en el Derecho Privado en tantos casos (se hablaría críticamente de la fuga o “huída” hacia el Derecho Privado); luego, ya en nuestro tiempo, se ha puesto el énfasis en la necesidad de la colaboración y de la complementariedad entre ambos en ciertos escenarios. Naturalmente, no se trata de perspectivas excluyentes.

– En efecto, el primer período de esas relaciones se pudo caracterizar por el nacimiento y afirmación del Derecho Administrativo frente al Derecho Privado. El Derecho Administrativo se mira entonces en el Derecho Privado, no ya sólo para inspirarse y derivar de ese acervo común técnicas y conceptos, sino también para separarse de la lógica que a éste le es inherente. Si el Derecho Privado está presidido por la autonomía de la voluntad y la heterotutela, el Derecho Administrativo lo estará por el principio de legalidad y la autotutela.

El creciente poder del Ejecutivo y de sus Administraciones a partir del siglo XIX será fruto de factores bien conocidos. La supresión de cuerpos sociales intermedios o la asunción de nuevas responsabilidades administrativas serán algunos de ellos. Lo cierto es que el impacto de ese poder sobre la esfera social y los derechos individuales obligará a un control de la actividad de la Administración para hacerla tolerable socialmente. Recuérdese que la materia tributaria, la sancionatoria o la expropiatoria habían estado reservadas a los jueces y ahora pasarían a ser ocupadas por la Administración por razones ideológicas y de eficiencia. De ese modo, el Derecho Administrativo se convertiría en un Derecho esencialmente forense, que girará en torno a la tutela jurídica (sea administrativa o judicial). A este control *a posteriori* se le sumarán más tarde otros de carácter previo o preventivo, como los que encarna el principio de legalidad o el procedimiento administrativo entendido como proceso decisorio.

En ese contexto, al Derecho Privado le restaría una función marginal, cuando no residual, de carácter supletorio o subsidiario, puesto que el Derecho Administrativo aspiraría desde sus orígenes a regular toda actividad de la Administración con relevancia, señaladamente el ejercicio de poder ejecutivo, de potestades administrativas. Como símbolo de esta primera etapa, una vez consolidada, podrá afirmarse que el Derecho Administrativo es el Derecho común y normal de la Administración pública⁴.

[4] Así, Manuel Clavero Arévalo, “La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, en *Revista de administración pública*, pág. 63, con cita de M. Ballbé (1949). Asimismo, del primer autor, “Consecuencias de la concepción del derecho adminis-

- Se entiende desde ese ángulo que el sometimiento de la Administración al Derecho Privado se concibiera como una huida o exoneración de las garantías y controles que ejerce el Derecho Administrativo sobre la Administración, comprensión ésta que se ha visto recurrentemente avalada en la praxis ante operaciones de “ortopedia jurídica”, cuyo propósito no ha sido otro que el de sustraerse de las garantías y controles propios del Derecho Administrativo con los consabidos resultados.

Si bien es cierto que de la huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Privado se ha venido hablando desde las primeras décadas del siglo XX, no lo es menos, sin embargo, que es a finales del pasado siglo cuando el debate se aviva a consecuencia, entre otros factores, de la transformación de no pocos servicios públicos “a la francesa” en servicios públicos “a la norteamericana”⁵. La preocupación dominante en ese período se ha localizado en determinar la frontera, los *límites* de fenómenos como la privatización de actividades antes desempeñadas por las Administraciones y sus entes instrumentales, o la transformación de algunos servicios públicos, tradicionalmente ofrecidos en régimen de monopolio, en servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia bajo la atenta mirada del regulador⁶.

- Esa razonable prevención ha podido dejar en algunos casos, en el imaginario colectivo, una visión un tanto negativa del Derecho Privado cuando rige la vida de la Administración o cuando se aplica a actores privados no estatales que llevan a cabo ciertas actividades relevantes (servicios económicos de interés general, actividades reguladoras...). No obstante, y sin perjuicio de que la fijación de las líneas rojas de esas transferencias sea siempre una tarea inacabada, se ha producido un tránsito hacia una dinámica de *colaboración*, en la que ya no se ven mutuamente como regímenes jurídicos rivales. Es en este panorama donde se advierte la convivencia entre el Estado prestador directo, sujeto a técnicas tradicionales de Derecho Administrativo (reserva, monopolio, gestión directa o indirecta de los servicios) y el Estado garante de un resultado (en el que el Derecho Privado tiene su espacio, como sucede con los operadores privados en los sectores regulados, bajo unos poderes de especial intensidad que el Derecho Público le atribuye al regulador). Y es en el ámbito del Derecho Administrativo de garantía de la prestación donde la colaboración con el Derecho Privado tiene más sentido. Nótese que el titular de las redes (infraestructuras ferroviarias o de la red eléctrica nacional, por ejemplo) puede someterse en mayor o menor medida al Derecho Privado; como también lo

trativo como ordenamiento común y normal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 192, 5, 1952, págs. 544-578.

[5] Véase el capítulo octavo.

[6] *Ibidem*.

hacen los operadores económicos que se mueven en esos ámbitos. Se trata en muchos casos de un Derecho Privado “matizado”, que ve reducida la autonomía de la voluntad. En este punto, al administrativista le interesa sin duda el Derecho Privado del que pueda hacer uso el propio regulador (como sucede por ejemplo con el Banco de España); pero también le importa el Derecho Privado a que puedan someterse esas redes (actividades no competitivas por constituir monopolios naturales) y el Derecho Privado al que se sujetan los operadores que se mueven en esos operadores. Lo mismo podría decirse de actores no estatales cuando participan en la cadena reguladora. A esta dimensión se le presta atención en esta obra colectiva.

Por lo demás, y como habrá ocasión de razonar, esta más intensa colaboración entre ambas esferas –y, en realidad, entre todas las ramas del Derecho– no significa que carezca de sentido y fundamento la división entre Derecho Público y Derecho Privado respecto de la Administración. La transversalidad de tantas “materias” (piénsese, por todas, en el medio ambiente) exige justamente que cada rama haga su aportación desde su respectiva lógica. La transversalidad no unifica las ramas del Derecho.

* * *

La dualidad “Derecho Público-Derecho Privado” en el ámbito de la Administración plantea numerosas cuestiones, en realidad imbricadas⁷. Todas ellas importan al administrativista y de alguna manera han sido tenidas en cuenta en la presente obra. A nuestro propósito, baste distinguir las siguientes:

1. Una perspectiva es la propia de las *fuentes del Derecho* que ha de regir la vida de la *Administración* (sea este *Público* o *Privado*). Ello remite de entrada a una doble dimensión: la aplicativa o de *transposición* del Derecho que gobierna la vida de la Administración en cada caso, y, aún antes, la legislativa o de *creación* del Derecho al que se habrá de someter la Administración.

La primera vertiente remite a la búsqueda de la norma *aplicable* en cada caso a la acción administrativa. Puede suceder que el ordenamiento jurídico le haya atribuido el grueso de la regulación de la materia al Derecho Administrativo y haya

[7] La mera enumeración de cuestiones que seguidamente se hace se basa en la observación de los ordenamientos de la familia europeo-continental, si bien con los matices necesarios tiene cierta validez en el mundo del *common law*, pese a que allí la dualidad carece de la misma relevancia y, por tanto, de las mismas preocupaciones. Puede verse por todos, respecto del *common law*, Carol Harrow, “Public and Private Law: a Redundant Divide”, en *The Frontiers of Public Law*, Jason NE Varuhas (Anthology Editor), Shona Wilson Stark (Anthology Editor), Bloomsbury Publishing, 2021, pp. 315 y ss; así como Jason NE Varuhas, “Transcending the Public-Private Divide”, en *A Research Agenda for Administrative Law*, Edited by Carol Harlow, Emeritus Professor of Law, The London School of Economics and Political Science, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 163 y ss.

dejado la aplicación supletoria o subsidiaria al Derecho Privado en términos marginales⁸; en otras, por el contrario, las leyes pueden haber confiado la mayor parte de la regulación al Derecho Privado (como acaece en algunos ordenamientos respecto del personal laboral al servicio de la Administración o de los contratos privados; o en relación con el régimen jurídico de los bienes patrimoniales), a partir de una decisión previa adoptada de conformidad con el Derecho Administrativo. En el ámbito de las fuentes del *Derecho de la Administración* las cuestiones prácticas que se suscitan obedecen con frecuencia al hecho de que ambas ramas, aunque en proporción variable en cada caso, coexisten y conviven al proyectarse sobre una determinada parcela.

La segunda vertiente se refiere a la *creación legislativa* del Derecho de la Administración (y aquí se incluyen desde las normas de Derecho Internacional y de origen supraestatal de ámbito regional, pasando por la Constitución nacional, hasta las leyes y la jurisprudencia). Son las normas jurídicas *extrínsecas* a la Administración las que deciden en primera instancia –en particular, la Constitución y las leyes– que una materia, sector o ámbito se resuelva mediante fórmulas de Derecho Público y/o de Derecho Privado⁹. Desde este ángulo, los problemas que pueden considerarse se sitúan en un plano más abstracto y general¹⁰. Así, en esta clave podrían interesar tres amplias temáticas: primero, la elección por parte del legislador de una u otra rama del Derecho para regular una materia de acuerdo con la fisiología y naturaleza propias de cada una de ellas; segundo, el diseño de las eventuales modulaciones o matices de que puede ser objeto el Derecho Privado cuando es

[8] Como ejemplo de remisión puede citarse la Ley española 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 5.4 que “(l)os bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, *en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.*” (la cursiva es añadida obviamente). En similares términos se pronuncian otros preceptos de la misma Ley (art. 19, 102.3, 107.3, 108.1, 110.1 ó 167).

[9] Como puede inferirse del texto, aquí aludimos al concepto de fuentes del Derecho Administrativo en un sentido estricto, esto es, de fuentes “para” la Administración, y no “de” la Administración. Dejamos, en ese sentido, fuera de nuestra consideración a las normas infralegales elaboradas por la Administración (reglamentos de toda clase y condición). Nos interesa, pues, la dirección que el legislador hace de la Administración. Sobre el tema Sobre el tema, me remito a mi trabajo “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo” en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 (editado por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, pp. 259 y ss.

Ciertamente, ésta puede también, en la medida en que así lo haya establecido la ley, organizar su acción con sujeción al Derecho Privado, dictando a tal propósito un reglamento, por ejemplo, para organizar un servicio público (piénsese en el transporte urbano) a través del Derecho Privado (una sociedad mercantil o comercial). La opción por el Derecho Privado habría sido en su base autorizada por la ley.

[10] Por ejemplo, ¿cuál es la mejor forma de regular un determinado tipo de contrato en el que la Administración es parte? ¿Cómo organizar el aparcamiento de motos y patinetes compartidos en la ciudad?

utilizado por la Administración y, por extensión por ciertos actores no estatales; y, tercero, la cuestión de los límites jurídicos que se oponen al uso del Derecho Privado por parte de la Administración.

La primera reflexiona sobre qué mecanismos jurídicos son los más adecuados para regular una determinada materia¹¹. La segunda se ocupa de las posibles restricciones a la autonomía de la voluntad característica del Derecho Privado en ciertos escenarios¹². La última estudia el ámbito reservado de modo irrenunciable al Derecho Administrativo, extremo éste al que se hace referencia de inmediato.

2. Otra perspectiva, en efecto, es la relativa a los *límites del Derecho Privado* como rama que pueda regir la acción administrativa. ¿Cuál es la esfera reservada al Derecho Administrativo y cuya transferencia al Derecho Privado queda vedada? En otras palabras: ¿qué límites irrenunciables impone la Constitución nacional al legislador y qué límites adicionales en su caso puede establecer el legislador a la libre elección de la Administración entre una u otra rama?

Sabido es que el Derecho Administrativo nació preocupado por el *control* de la poderosa Administración emergente a lo largo del siglo XIX, y que ese control no se reduce al que pueda ejercer la justicia –sea ésta administrativa o jurisdiccional (retenida o delegada)–, sino que se construye también sobre la base de principios estructurales (legalidad, división de poderes, Estado de Derecho, principio democrático), de derechos individuales frente a la Administración y de garantías y procedimientos decisorios específicos, que no se dan en el Derecho Privado. De ahí que la remisión al Derecho Privado haya sido vista tradicionalmente, y no sin razón, como una pérdida, y puesta bajo sospecha. Desde este prisma se entienden, primero, las advertencias y muros levantados frente a la “huida (del Derecho de la Administración) hacia el Derecho Privado”, de la que se viene hablando desde hace más de un siglo, y, segundo, la consiguiente “rivalidad” entre ambas ramas en términos de garantías. Desde ese legado de confrontación o de alternatividad (como un juego de suma-cero), ha acaparado el debate el examen de la licitud de ciertas operaciones, como ha sucedido en torno a la dialéctica “privatización” vs. “publicación” de ciertos servicios públicos. Sin embargo, el problema no habría de concluir ahí, en el *si* es o no lícito (u oportuno) organizar una actividad con las técnicas propias del Derecho Privado, sino, también, en el *cómo*.

[11] Un ejemplo entre tantos se refiere en el caso español a la conservación y mantenimiento de las fachadas de los edificios, entre otros elementos arquitectónicos. Aquí convergen de un lado el Derecho Privado (responsabilidad civil, seguros) y el Derecho Administrativo (inspecciones, órdenes de hacer, sanciones...).

[12] Así, por ejemplo, la sociedad mercantil creada por la Administración podrá estar sujeta a restricciones que no operan cuando el titular es un sujeto privado no estatal, como sucede en materia de contratación, en la medida en que se le aplique la legislación de contratación pública de matriz europea (con la consiguiente prohibición de designar directamente al contratista). En tales casos, esa sociedad mercantil no gozará de la misma libertad a la hora de contratar.

Si bien es cierto que se han dado abusos en la remisión al Derecho Privado –lo que explica la necesidad de fijar no sólo los límites, sino también las restricciones que experimenta el Derecho Privado en manos de la Administración¹³–, no lo es menos, sin embargo, que la sujeción de la Administración al Derecho Privado –cuando no ejerce autoridad– no es *per se* una patología, teniendo en cuenta la multiforme variedad de funciones y actividades que debe desplegar en el mundo contemporáneo. Por lo demás y como acredita el Derecho positivo, el recurso a una u otra rama no representa una “foto fija”. Es decir, dentro de los límites que el ordenamiento permite, la experiencia histórica y comparada pone de manifiesto que la regulación de una misma actividad ha podido confiarse una u otra rama del Derecho, en ocasiones de modo circular.

3. Un tercer plano de intereses para el administrativista se localiza en la idea de colaboración entre ambas ramas del Derecho, superadora de la visión dialéctica. La cooperación entre el Derecho Público y el Derecho Privado en el ámbito de la Administración requiere una adecuada combinación de instrumentos capaz de contribuir a la consecución de unos mismos fines, sumando lo que es propio de cada rama. Desde esta concepción de suma e interacción no se percibe la utilización del Derecho Privado como una pérdida, siempre que no se menoscaben en su conjunto las garantías y controles.

El nacimiento u origen del Derecho Administrativo en el siglo XIX estuvo vinculado a la lógica de la separación *entre el Estado y la sociedad*, instancias concebidas como las dos orillas de un mismo río. La Administración dicta órdenes, establece prohibiciones, presta servicios públicos..., dirigidos todos ellos a la “otra orilla”, a la sociedad, que es su destinataria. La propia terminología resultaba alusiva a esta concepción: Administración y administrado, personal interno o al servicio de la Administración, y personas “externas”; gestión exclusiva del interés general a cargo de la Administración y persecución del propio interés por parte del individuo.

Esta imagen, sin embargo, no deja ver los fenómenos de colaboración entre el Estado y la sociedad, la Administración y el individuo. Hoy día son muchos los ámbitos en los que resulta perceptible esa creciente interacción, y en donde el sector privado participa en responsabilidades públicas. Los denominados sectores regulados (telecomunicaciones, energía, correos...) no son sino una manifestación más. La consecuencia que de ahí se desprende, a nuestros efectos, reside en un entendimiento de la *summa divisio* superadora de una visión de compartimentos estancos, sin comunicación alguna.

[13] Véase el número anterior.