

PARTE PRIMERA:
UNA SÍNTESIS DEL DIÁLOGO Y PLAN DE TRABAJO

Eberhard Schmidt-Aßmann – Javier Barnes

SEGUIDAMENTE se ofrece una breve síntesis del diálogo que se ha mantenido en el tiempo entre los autores, para acotar el tema, determinar el fundamento y la metodología, y, con ello, el plan de trabajo.

I. UN DIÁLOGO EN LA BÚSQUEDA DE CRITERIOS ORIENTADORES PARA DETERMINAR LA DUALIDAD “DERECHO PÚBLICO-DERECHO PRIVADO” EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA

Desde el inicio se advirtió la existencia de algunos factores relevantes para determinar el sentido y alcance de ambas ramas como *Derecho de la Administración*:

- El peso de la tradición y de la cultura jurídicas en la comprensión de la división entre Derecho Público y Derecho Privado: el Derecho romano, el Derecho europeo-continental, el ideal codificador, las influencias francesa o más recientemente anglosajona.
- La aportación del Derecho Constitucional en la materia, bien sea como límite de lo que le está o no permitido al legislador ordinario (como es el caso de Argentina), o bien como base jurídica para una constitucionalización integradora (como sucede en el caso colombiano)¹.
- La pervivencia de las características propias de una y otra rama cuando el Derecho de la Administración integra ambas esferas.
- La confluencia específica de ambas ramas en determinados ámbitos, como en el caso de los contratos que celebra la Administración en ciertos ordenamientos (adjudicación de contratos de bienes y servicios, contratos de trabajo); la responsabilidad patrimonial de la Administración; o el régimen jurídico de los bienes de la Administración.

Los primeros análisis nacionales evidenciaron también ciertas dificultades prácticas en el plano aplicativo para identificar qué norma –de Derecho Público o de Derecho Privado– era relevante en el caso. No obstante, estas

[1] Véanse más abajo los respectivos capítulos en la parte II.

cuestiones singulares debieron quedar fuera de nuestra consideración. Aquí interesa una visión más amplia y general. Y ello sin perjuicio de reconocer que la ciencia del Derecho administrativo debe aspirar a establecer criterios y pautas orientadoras para la resolución de tales problemas.

2. UNA ETAPA INTERMEDIA EN EL DIÁLOGO

En una fase más avanzada del debate interno, se abordaron cuestiones metodológicas, para estudiar el tema a la luz de tres planos:

- En primer término, sobre la base y el *fundamento jurídico* de la dualidad “Derecho Público-Derecho Privado” en el ámbito de la Administración pública: ¿cuáles son las razones jurídicas de la distinción? ¿Por qué se mantiene la diferencia entre estos dos regímenes jurídicos?
- A ello le ha seguido un enfoque *dogmático*, esto es, una investigación *sistemática* del Derecho *positivo* en vigor en el respectivo ordenamiento, a fin de inducir una “gramática” capaz de explicar las relaciones entre ambas ramas².
- Por último, se han explorado las *consecuencias prácticas* que cabe derivar de tal dualidad, cuando menos en ámbitos tales como los contratos de la Administración pública o la responsabilidad patrimonial.

A. FUNDAMENTO JURÍDICO

Ha de partirse del Derecho Romano, porque constituye la tradición común: „*ius publicum est quod ad statum rei publicae spectat*” (Dig. I 1)³.

- i) „*Statum rei publicae*“: se trata de un estatus especial destinado a proteger los comunes intereses públicos. Ese régimen estatutario dispone de medios especiales, que no existen en el Derecho Privado, como la autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración. Pero todo ello a condición, como presupuesto, de que esas decisiones de la Administración estén dotadas de la suficiente legitimación democrática y de la motivación necesaria, a diferencia de las decisiones privadas, que, en cuanto expresión de libertad, no están sujetas a tales exigencias⁴.

[2] Sobre el sentido y significado de la “dogmática jurídica”, véase la Presentación de Javier Barnes al libro de E. Schmidt-Aßmann, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021, pp. XXIII y ss., así como la Introducción que para la edición española elaboró el propio autor.

[3] Para mayor abundamiento, E. Schmidt-Aßmann, “Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado”, Parte III.

[4] En sentido análogo véanse los artículos de Javier Barnes en la Parte III.

Esta *distinción fundamental* entre la esfera estatal y la esfera privada resulta irrenunciable⁵. La Administración ha de someterse al Derecho Público cuando adopta decisiones que sean expresión de ejercicio de poder. A ello se hace referencia cuando se dice que el Derecho Público exige una serie de condiciones y requisitos para que pueda ejercerse tal autoridad y, más en concreto, las potestades administrativas que hayan sido atribuidas por ley (principio de legalidad, legitimación democrática, motivación o justificación para su ejercicio, respeto del sistema de fuentes, observancia de los derechos fundamentales y de los principios generales...). En consecuencia, el legislador –y la Administración en su caso– no son enteramente libres para decidir cuándo pueden someterse al Derecho Privado. En todo caso, conviene igualmente indagar a qué normas de Derecho Administrativo se ha de sujetar la Administración antes de optar por una fórmula de Derecho Privado (como sucede con los actos separables en el ámbito de la contratación pública de matriz francesa). Por lo mismo, cuando la Administración actúa “vestida de civil” o “sin uniforme” (mediante empresas públicas, por ejemplo) podrá someterse a principios derivados del Derecho Administrativo con carácter complementario, aun cuando se rija por el Derecho Privado⁶.

- ii) Y, a la inversa: ¿son exigibles algunos de esos requisitos propios del Derecho Público, siquiera sea analógicamente, en ciertos casos, a los sujetos privados? Por ejemplo, ¿puede considerarse que las grandes empresas en determinadas situaciones ejercen poder de un modo equivalente a la Administración? A este y a otros interrogantes cabrá responder desde la respectiva Constitución nacional. En relación con el ejemplo mencionado, la doctrina tradicional es clara: las grandes empresas son titulares del derecho de propiedad y de la libertad de empresa y, por ello, pueden invocar tales derechos fundamentales frente al Estado. Desde la óptica de la “dimensión del poder”, sin embargo, se postula la extensión de ciertos requi-

[5] Véase la nota anterior.

[6] Véase la nota 4. Así, por ejemplo, en relación con el sistema jurídico alemán, el Tribunal Constitucional Federal lo ha establecido muy claramente en su Sentencia de 22 de febrero de 2011 (1 BvR 699/06 “Fraport”. De acuerdo con el Tribunal, no sólo las sociedades de capital público, sino también las de capital o economía mixta, en la medida en que el control o la influencia del Estado es decisiva, se hallan igualmente sometidas de modo directo a los derechos fundamentales.

En la página web del TCF alemán se puede encontrar al menos un resumen de la sentencia en inglés: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/02/rs20110222_1bvr069906en.html;jsessionid=C8183FE3DB6A05599580CEDCD7C401E1.1_cid361

sitos adicionales a las multinacionales⁷. En los estudios nacionales de la Parte II y en los trabajos recogidos en la Parte III se da cuenta de esta y otras cuestiones relacionadas.

Esa distinción fundamental no impide, pues, que puedan proyectarse de modo analógico ciertas exigencias propias del Derecho Administrativo sobre ciertos sujetos privados, bien sea en razón del poder económico o de otra naturaleza que puedan desplegar⁸, bien sea por ejemplo por su particular posición en la prestación de servicios públicos o en la participación en la cadena reguladora, entre otros supuestos⁹. Pero tales límites deben de justificarse y motivarse; no se trata de límites o restricciones evidentes, menos aún automáticos (a diferencia de las que recaen sobre la Administración)¹⁰.

B. LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE LA DISTINCIÓN¹¹

Las similitudes que se advierten en los sistemas legales objeto de estudio no terminan en el fundamento jurídico a que se ha hecho referencia, sino que se extienden también a la distinción fundamental entre el Derecho Público y el Derecho Privado (en la forma en que lo hacen tradicionalmente los ordenamientos europeo-continentales), esto es,

[7] En realidad, no se trata de concepciones necesariamente contrapuestas: una multinacional, como cualquier sujeto privado, es titular de los derechos fundamentales que el ordenamiento les reconozca. Otra cosa es que en cuanto despliegue una actividad relevante para la entera sociedad (piénsese en los sectores regulados, por ejemplo) se le exija el cumplimiento de determinados principios generales o reglas frente a terceros (transparencia, motivación, no discriminación...), con la adaptaciones y matices que correspondan.

[8] Esto fue bien formulado por el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia del 11 de abril de 2018 (1 BvR 3080/09 “Deutscher Fußball Bund” / Federación Alemana de Fútbol). El tema que se planteó fue el relativo a la “prohibición de admisión en los estadios de fútbol” de los aficionados que habían causado incidentes: las personas individuales dotadas de poder (aquí la asociación de la liga de fútbol) están sujetos a vínculos o limitaciones específicas, “si toman decisiones que afectan en medida relevante o significativa a la participación (de otras personas) en la vida social”.

La versión inglesa de la Sentencia en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2018/04/rs20180411_1bvr308009en.html

[9] Véanse los artículos de Javier Barnes en la Parte III.

[10] Así, por ejemplo, en relación con la citada Sentencia sobre la liga de fútbol citada en nota la anterior, el Tribunal afirma que el poder privado (la liga de fútbol) está sujeto en cierto modo a los derechos fundamentales, esto es, ha de respetarlos en forma análoga a como tendría que hacerlo un poder público. De ese modo, para imponer una prohibición como esa tendrá que estar fundada objetivamente (no está la liga autorizada a excluir arbitrariamente a cualquier individuo o grupo de individuos, porque iría contra el principio de no discriminación). Se trata de un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

[11] Véase la nota 2.

entre dos regímenes jurídicos que se estructuran de manera diferente. El enfoque dogmático del Derecho Administrativo –que, no se olvide, parte del Derecho positivo¹²– ha podido deslindar desde el inicio dos ideas-fuerza: la de separación y la de aproximación, entre ambas ramas, lo que se traduce a la postre en una suerte de *colaboración* desde su respectiva autonomía:

i) La dinámica de *separación* del Derecho Público y del Derecho Privado:

Ambos regímenes jurídicos deben mantenerse separados en la práctica.

De ahí se sigue que la Administración sólo podrá hacer uso de las normas de Derecho Privado –en los términos establecidos por la Constitución y las leyes–, si la ponderación de los intereses en juego determina que el ordenamiento privado ofrece garantías equivalentes.

Y ello también vale a la inversa, es decir, para la eventual proyección analógica de principios de Derecho Público en el seno del Derecho Privado¹³. También en esta sede se hace necesaria la ponderación¹⁴.

ii) La dinámica de la *aproximación* del Derecho Público y del Derecho Privado:

El “mandato de separación” entre ambas ramas no excluye, por supuesto, su aproximación, ni tampoco un eventual trasplante analógico de principios de una esfera a la otra. Pero todos estos procesos han de estar específicamente justificados. No surgen automáticamente. A la “dogmática de la separación” debe seguirle, pues, una „dogmática de la proximidad“. Esta última se asienta sobre dos pilares:

– La Administración se halla sometida en todos los planos a especiales sujeciones, no sólo cuando se somete al Derecho Público, sino también cuando se sirve del Derecho Privado. Ello ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar gráficamente en la doctrina alemana “Derecho Privado *Administrativo*”.

[12] Véase la nota 2.

[13] Epígrafe a) anterior, segunda parte.

[14] Una excepción a la necesidad de que la analogía se justifique en cada caso se da cuando es la propia ley la que lleva a cabo esa ponderación y es ésta la que dispone que una norma de una rama del Derecho se aplique en la otra de modo *directo*, y no *según* las circunstancias o intereses en juego. En tales supuestos es en efecto el legislador el que ha llevado a cabo la necesaria valoración para concluir que existe una igualdad de los intereses en juego.

Con tal expresión se quiere indicar que la autonomía privada propia del Derecho Privado, cuando es utilizado por la Administración, podrá verse condicionada o reducida por elementos indisponibles, en la medida en que la Administración al fin y al cabo se halla en segundo plano. En el curso de esta investigación conjunta se han apuntado los límites y sujeciones concretos que cabe establecer cuando la Administración se somete al Derecho Privado, tales como el principio de igualdad de trato y el de proporcionalidad¹⁵.

- Los sujetos privados que ostentan especiales posiciones de poder o realizan actividades de interés general (como la prestación de servicios públicos en régimen de competencia o la participación en la cadena reguladora) habrán de observar también ciertos principios derivados del Derecho Administrativo. Esta perspectiva funcional¹⁶ constituye el segundo pilar de la “dogmática de proximidad” entre el Derecho Público y el Privado. El alcance del Derecho Administrativo se ve de esa forma considerablemente ampliado.

C. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

El estudio de las consecuencias prácticas podrá llevarse a cabo sobre la base de lo apuntado en los dos epígrafes anteriores. En la Parte II se abordan con detalle. Baste recordar ahora la colaboración entre ambas ramas en sectores de algunos sistemas legales, como en el caso de los contratos de la Administración¹⁷, la responsabilidad patrimonial¹⁸ o en materia de bienes.

[15] *Infra* núm. III.

[16] *Infra* III, los artículos de Javier Barnes.

[17] Por ejemplo, si celebra la Administración contratos privados, además de contratos jurídico-públicos; si se aplican también a los contratos de Derecho Privado de la Administración las normas del contrato de Derecho Público.

[18] Una tradición común de los países del *civil law* y del *common law* ha consistido en que el Estado no responde de la conducta ilícita o antijurídica de sus funcionarios, sino el propio funcionario por haber actuado fuera del mandato o del ámbito que tiene atribuido: “si si excessit privatus est”. Esto explica el hecho de que en muchos países las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos se encuentren reguladas en el Código Civil. En muchos casos, después, el Estado ha asumido la responsabilidad.

En este ámbito pueden suscitarse numerosas cuestiones, tales como si, para establecer una moderna responsabilidad patrimonial directa, cabe servirse de la competencia legislativa en materia de Derecho Civil. Aunque en alguno de los ordenamientos objeto de estudio parece que sí es posible, (en Alemania, en cambio, no lo es, ya que el Tribunal Constitucional Federal declaró nula una ley por entender que una responsabilidad directa, distinta de la asunción de responsabilidad por acto ilícito del funcionario, no es ya una cuestión de Derecho Civil; así la Sentencia BVerfG de 19 de octubre de 1982 2BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149). En Alemania se cita el principio del Estado de Derecho como base, pero hasta ahora no existe una visión completamente dominante.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO BASE DE LA DISTINCIÓN FUNDAMENTAL ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

1. LA FUNCIÓN QUE CUMPLE LA CONSTITUCIÓN

a. El análisis comparado pone de relieve que la base y fundamento jurídico de esta distinción se encuentra en las Constituciones nacionales. Son ellas las que determinan las coordenadas dentro de las cuales se mueve la dogmática del Derecho Administrativo, habida cuenta la primacía de la Constitución y el concepto de la Constitución como norma.

b. Una Constitución no es desde luego un manual de Derecho Constitucional o de Derecho Administrativo. Las declaraciones expresas son muy infrecuentes y pueden no resultar significativas (como sucede, por ejemplo, con el art. 27 de la Constitución Argentina)¹⁹. Las afirmaciones implícitas sobre la relación triangular “orden constitucional – ciudadanos – poderes del Estado (especialmente la Administración)” son mucho más importantes para nosotros. Parece claro que:

- En el Estado constitucional, todos los actores se hallan vinculados a ciertos principios jurídicos elementales: así, en todo caso, a los principios “neminem laedere” y “bona fide”. En el Estado constitucional y democrático, ello se expresa además en la obediencia a las leyes (conformes con la Constitución). Estos principios se aplican tanto a los ciudadanos como a las autoridades públicas. Para los ciudadanos constituyen al mismo tiempo el límite de su autonomía privada.
- Pero a la autoridad pública le son de aplicación ciertos principios y normas adicionales que dispongan las normas que el legislador le dirige a la Administración. Así se refleja, por ejemplo, en el art. 6 de la Constitución colombiana²⁰. También las demás Constituciones le atribuyen al Estado obligaciones especiales.

c. En *contra* de una distinción entre ambas ramas podrían hablar aparentemente ciertas normas constitucionales, cuando reconocen, por ejemplo, la

[19] “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.”

[20] “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.”

posibilidad de invocar la violación de derechos constitucionales por parte de los actores privados (así, el artículo 86.4 de la Constitución colombiana)²¹.

En favor de esa distinción, sin embargo, habla el hecho de que las tres Constituciones americanas examinadas en detalle en la Parte II (así como la alemana, la española o la de EE. UU.) tratan al Estado *de un modo sustancialmente diverso y especial*, y ello en la medida en que les atribuyen a los poderes públicos unas responsabilidades y unas potestades específicas de acción, al tiempo que establecen límites definidos. A ello responde también claramente la historia del pensamiento político (“contrato social”, división de poderes, esto es, la transferencia de poder y la protección frente al poder).

d. La perspectiva funcional a la que antes se ha aludido –cuando ciertos principios siguen a la función con independencia de la naturaleza pública y privada del sujeto²²– no supone una relativización o reblandecimiento de esa distinción. Antes al contrario, la justifica y fortalece. La distinción entre ambas ramas del Derecho no se disuelve por ello²³.

De un lado, porque, como fenómeno general, representa simplemente una colaboración entre ramas dotadas de autonomía; de otro, y en un plano más concreto, porque el “préstamo” que por analogía pueda hacerse de principios provenientes del Derecho Administrativo a ciertos agentes o actores, estatales o no, que se rigen por el Derecho Privado, no hace sino confirmar la vigencia de unas reglas que acompañan y siguen a una función que puede ser desempeñada de forma cambiante en el tiempo por actores estatales o no estatales. Se explica en este sentido que los ordenamientos jurídicos puedan establecer normas adicionales a la normas jurídico-privadas ordinarias para *determinados actores privados* –por ejemplo, para aquellos que cooperan con la Administración o para los que se involucran en los medios de comunicación de

[21] “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

[22] *Supra* núm. I.2 e *infra* Parte III.

[23] Resulta interesante a estos efectos recordar lo que dispone el art. 86, ya citado, de la Constitución colombiana: mientras se admite el “writ of protection” frente a “any public authority” (apartado 1), contra los sujetos privados tan sólo cabe si se trata de “collective interests” o de una situación de subordinación o de vulnerabilidad (apartado 4). Esos son precisamente los criterios que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia de 11 de abril de 2018 (caso “Deutscher Fußball Bund”), ha subrayado. En efecto, el Tribunal considera vigente esa división de base como punto de partida, aun cuando admita que determinados actores privados se hallan sujetos a especiales limitaciones o vínculos.

masas, o en determinados escenarios de vulnerabilidad—. Esas normas adicionales pueden consistir en obligaciones específicas y en sus correspondientes medios de defensa o de reparación frente a eventuales infracciones²⁴.

En síntesis, el criterio comparativo de esta distinción se podría formular así: ¿qué se aplica a todos los individuos en contraste o comparación con lo que se le aplica a la Administración? El hecho de que para ciertos actores privados se establezcan límites complementarios, análogos en parte a los que se le aplican a la Administración, no cuestiona la división mencionada.

e. Recapitulación

Si la interpretación sistemática de todas las normas constitucionales llevara por el contrario a la conclusión de que las exigencias jurídicas que se le plantean a la Administración y a los actores privados (ciudadanos, empresas) son similares no cabría entonces mantener esa división de base.

Carecería de sentido entonces –sería improductivo– reflejar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado desde una perspectiva constitucional. Cabría en tal caso hablar de un „Derecho común“ (en sentido no técnico). Y la distinción entre ambas ramas sería sólo una cuestión de Derecho positivo, relevante, por ejemplo, para delimitar la jurisdicción –civil o contenciosa– a la hora de resolver un caso. El examen de las Constituciones nacionales objeto de estudio ha determinado, sin embargo, la validez y actualidad de la distinción.

2. LA POSICIÓN DE LOS ACTORES “INTERMEDIOS”

La Administración pública no tiene el monopolio para definir y hacer realidad el interés general. En la materialización del bien común interviene toda una amplia gama de actores privados que se hallan igualmente implicados en el proceso. ¿Cómo han de ser tratados?

A. LA CREACIÓN DE TIPOLOGÍAS

Conviene tener en cuenta, en primer término, que los actores no estatales se organizan de modo muy heterogéneo y participan también con variada intensidad en el cumplimiento de las tareas públicas.

Así, a partir del Derecho positivo, cabrá formular una tipología de actores en cada ordenamiento jurídico que tenga en cuenta un conjunto de variables (funcio-

[24] Véanse los trabajos de la Parte III.

nes que realizan, la posición que ocupan, la modalidad de control por parte de la Administración...). Así, y por hipótesis, podrían distinguirse: empresas mercantiles de capital público, empresas mixtas de capital público y privado, entidades privadas que desempeñan funciones públicas en virtud de una concesión estatal o sobre la base de un contrato con la Administración, empresas privadas que realizan tareas que se consideran trascendentes para el Estado y la sociedad sin la participación o concesión del Estado, empresas de medios de comunicación...

Como pueden desprenderse de ese ejemplo, uno de los factores determinantes es la mayor o menor *cercanía* que esos actores tienen con la Administración. En ese contexto, conviene reflexionar sobre cuáles han de ser los criterios y su posible combinación o proporción: ¿el control de la empresa por parte de la Administración? ¿la relevancia de la tarea realizada? ¿la flexibilidad y la capacidad de innovación de las empresas sin las restricciones o rigideces del Derecho Público?

B. POSICIÓN JURÍDICA

Para determinar con mejor precisión el régimen de esos actores se han de distinguir aquí dos cuestiones (y responderlas separadamente):

i) Cuestiones de carácter constitucional

¿Hasta qué punto o en qué medida estos actores privados están sujetos a vinculaciones constitucionales específicas, previstas en realidad para la Administración? En Alemania, por ejemplo, la respuesta a esta pregunta se encuentra en el artículo 1, apartado 3 de la Ley Fundamental (vinculación a los derechos fundamentales)²⁵, en el artículo 20, apartado 2 (mandato de legitimidad)²⁶ y en el artículo 20, apartado 3 (vinculación a la ley)²⁷. Estas tres exigencias (que llamamos vinculaciones o sujeciones) se han establecido para el „poder ejecutivo“. ¿Cuáles de los actores descritos forman parte de estos efectos del “poder ejecutivo”. La respuesta a estos interrogantes ha de venir de la mano de una adecuada interpretación constitucional²⁸. Y lo mismo cabe decir de los demás ordenamientos.

[25] “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable.”

[26] “Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”.

[27] “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”.

[28] En Alemania, se tiende a interpretar de modo expansivo el concepto de “poder ejecutivo”, esto es, a responder afirmativamente a la cuestión de *si* una organización forma parte del ejecutivo. Y, por el contrario, a diferenciar la forma y el modo en que esa organización, aun formando parte

ii) Perspectiva o plano de la legalidad ordinaria

La cuestión no se agota en el nivel constitucional, como es obvio, sino que se hace necesario examinar la legalidad ordinaria en cada sistema jurídico.

En ese sentido, cabe preguntarse: ¿se sujetan todos esos actores al Derecho Público o (tan sólo) al Derecho Privado? Y si esos actores privados se someten al Derecho Privado, ¿han de extraerse o inducirse del Derecho Público normas adicionales de protección para hacer efectivas las exigencias constitucionales? ¿Cuáles son las disposiciones o preceptos que en cada país cabe encontrar y cuya finalidad radica efectivamente en completar lo que el Derecho Privado dispone?²⁹

del ejecutivo, se halla vinculada a los derechos fundamentales (esto es, la cuestión del “cómo”), en función de la amenaza potencial que pueda derivar de la realización de la actividad de que se trate. Así, las estrictas exigencias (vinculaciones) que se le aplican a la Administración cuando ejerce poder o autoridad (ejecutividad, ejecutoriedad) no rigen automáticamente y sin más cuando se trate de las actividades materiales o prestacionales que pueda desarrollar aquélla. Es ésta también una cuestión de interpretación constitucional, que, desde luego, deja un amplio margen de apreciación, puesto que no se trata de determinar exigencias o vínculos concretos o aislados, sino más bien de asegurar que se dan los elementos apropiados para ofrecer una vinculación o sujeción suficiente en su conjunto.

[29] *Vid.* los artículos de Javier Barnes, de la Parte III.