

# La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo\*

## Public life of private actors, a (qualitative) development of Administrative Law

Javier Barnes<sup>1</sup>

La transposición analógica de ciertos principios y valores provenientes del Derecho Administrativo sobre actores no estatales que participan en actividades de enorme relevancia social -como las que se refieren a los servicios públicos o a la participación en la cadena reguladora- constituye el eje de este trabajo.

**Palabras clave:** Derecho Administrativo, Derecho Privado, Perspectiva funcional del Derecho Administrativo, Transformaciones del Derecho Administrativo..

### Introducción

Este artículo propone ampliar el alcance de la doctrina del Derecho Administrativo aplicando los principios y valores del Derecho Público a los actores privados que realizan actividades (materialmente) "administrativas", es decir, cuando el sector privado lleva a cabo actividades clave como la participación en la cadena reguladora o la prestación de servicios públicos (por ejemplo, organismos de normalización medioambiental; entidades de certificación de productos; empresas que prestan servicios de interés general en régimen de competencia en el ámbito de la electricidad o telecomunicaciones, etc.). Entre otros actores no estatales, los agentes privados a los que nos referimos aquí incluyen asociaciones pro-

The analogical transposition of certain principles and values from Administrative Law on non-state actors that participate in activities of enormous social relevance -such as those that refer to public services or participation in the regulatory chain- constitutes the axis of this work.

**Keywords:** Administrative Law and Private Law, Functional approach to Administrative Law, Developments in Administrative Law.

fesionales con regímenes autorreguladores, organismos de normalización, agencias de calificación crediticia, sindicatos, empresas privadas de sectores regulados y similares.

Los principios provenientes de la cultura del Derecho Administrativo que cabría proyectar de forma complementaria y por analogía sobre los agentes privados (sometidos al Derecho Privado) habrán de variar de un caso a otro. En algunos casos podrán resultar exigibles deberes específicos de transparencia, imparcialidad, experiencia, representatividad, motivación, proporcionalidad o antidiscriminación. En otros, se impondrán garantías procedimentales y se prohibirán las conductas arbitrarias e irrazonables. Estos principios y valores generales se mueven en el plano de las relaciones entre los actores privados y los terceros (ciudadanos), no en el nivel de las relaciones entre autoridades públicas y operadores o reguladores privados. Se trata, pues, de complementar

La cuestión acerca de la razón de ser de la proyección *analógica* de ciertos principios propios del Derecho administrativo sobre estas entidades privadas debe tener en cuenta dos fenómenos:

- En primer lugar, que determinadas actividades desarrolladas por el sector privado -así, la participación de entidades

\* Una primera versión de este trabajo apareció en el reciente libro: J. Barnes / E. Schmidt-Aßmann (editores), *La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Un diálogo entre Europa y América*. Sevilla, España: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2023 (el texto que aquí se republica aparece en las pp.399 a 430 de ese libro).

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Dirección postal: Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: javier.barnes@upf.edu ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7593-8835>

Artículo enviado el 18 de mayo de 2024 y aceptado el 24 de junio de 2024.

privadas en la cascada normativa o reguladora, la prestación de servicios de interés económico general— son de enorme relevancia para la sociedad porque están estrechamente vinculadas a bienes esenciales, cuyo acceso ha de garantizarse a todos los individuos y promoverse por los poderes públicos.

– En segundo término, que estas actividades se desarrollan en un “espacio común”, en el que los poderes públicos y los agentes privados comparten responsabilidades, formando una especie de constelación. Unos y otros no trabajan aisladamente o en compartimentos estancos, no ya sólo por la naturaleza de la actividad, sino también porque se necesitan mutuamente: las autoridades públicas no pueden prestar directamente todas las actividades ni regular solas todos los aspectos de la vida económica, ni el sector privado puede funcionar en estos espacios sin el apoyo y el marco normativo y regulador de las autoridades públicas. Habida cuenta la interacción entre los sectores privado y público en estos entornos, es razonable esperar que esas entidades privadas actúen frente a terceros de manera comparable, equivalente y compatible con la de las autoridades públicas.

Esta transposición *analógica* de valores públicos y principios provenientes del Derecho Administrativo a los organismos privados tiene dos consecuencias inmediatas: (a) de un lado, que tales valores y principios operen como *complemento* de las normas de Derecho Privado en la medida en que los agentes privados desempeñen tales actividades reguladoras y servicios públicos (se trata de una especie de Derecho Privado modificado o enriquecido con exigencias adicionales (b) de otro, el surgimiento de una nueva capa o estrato de Derecho Administrativo de carácter *funcional*: la naturaleza de la actividad que se ejerce —no el actor— determina la aplicabilidad analógica de estos principios y valores tradicionalmente establecidos en el Derecho Administrativo. De este modo, los servicios públicos y las actividades reguladoras se convierten en una (primera) base para extender los valores y principios del Derecho público. Así pues, no es sólo el ejercicio del poder ejecutivo lo que constituye el fundamento del Derecho Administrativo, sino también el ejercicio de determinadas funciones vitales, que llevan inherentes normas que deben aplicarse con independencia

de la identidad y naturaleza jurídica del actor público o privado interviniente.

No significa ello, obvio es decirlo, que una y otra rama del Derecho se amalgamen o se disuelvan o que pierdan su razón de ser. Se trata, más simplemente, de un fenómeno de colaboración, como se explica en la obra colectiva de la que trae origen este artículo.

## I. Una perspectiva funcional del derecho administrativo: cuando los principios generales siguen a la función

### 1. “Espacios públicos” en los que conviven actores estatales y no estatales

Cuando hablamos aquí de “vida pública” o, también, de “espacios públicos”, queremos aludir de modo gráfico a un territorio, situado en la misma “zona limítrofe” o “transfronteriza” entre el mundo de las autoridades públicas y la esfera del sector privado, y en el que tienen lugar actividades fundamentales en beneficio de la entera sociedad y, más en concreto, actividades de servicio público y actividades de regulación<sup>1</sup>.

En ese espacio operan múltiples actores públicos y privados prestando o satisfaciendo esas actividades. En efecto, en ese espacio público compuesto de actividades de servicio público y de regulación, cabe encontrar sujetos públicos, privados y mixtos, intercambiando funciones y ropajes jurídicos. Así, y a título de ejemplo, podríamos distinguir:

Primero, autoridades públicas que, con ejercicio de potestades administrativas, prestan servicios públicos a través de terceros<sup>2</sup> y regulan los más variados aspectos de la vida económica y social<sup>3</sup>.

Segundo, autoridades públicas que realizan por sí —con sus medios propios—

<sup>1</sup> Ha de superarse, en otras palabras, la perspectiva que reduce la idea de “espacio público” (o de “vida pública”) al ejercicio formal de poder o autoridad, de modo que allí donde éste no se da el Derecho Administrativo se desactiva. Por el contrario, nuestro punto de partida es otro bien distinto: el Derecho Administrativo entra en escena desde luego cuando la Administración o el sujeto privado ejercen potestades públicas; pero también, aunque sea en formatos distintos, cuando la Administración no ejerce potestades (porque elabora Derecho blando o, en lo que ahora importa, crea sociedades mercantiles o cualquier otro ente instrumental para la prestación de servicios); o el sujeto privado, sin revestimiento alguno de autoridad, trabaja en algunas de esas dos grandes áreas.

<sup>2</sup> En régimen de concesión de servicio público, por ejemplo.

<sup>3</sup> En el marco de la ley, y con mayor o menor espacio, las Administraciones públicas establecen normas imperativas de toda clase y condición.

actividades de servicio público, singularmente mediante la creación de entes instrumentales y entidades sujetas al Derecho Privado<sup>4</sup>.

Tercero, sujetos privados a los que se les confían el ejercicio de funciones públicas<sup>5</sup>.

Cuarto, sujetos privados que realizan esas mismas actividades, aunque sin ejercicio propiamente de autoridad<sup>6</sup>.

Esos cuatro grupos de personas físicas y jurídicas se someten a conjuntos normativos entremezclados en distinta medida:

El primero al Derecho Administrativo en cuanto que es la Administración la que actúa investida de autoridad, si bien la actividad que presta el concesionario de servicio público respecto a terceros se somete al Derecho Privado.

El segundo al Derecho Privado, en la medida en que el ente instrumental de la Administración no ejerce autoridad, aunque, como se verá, sin exención completa del Derecho Administrativo en las relaciones con terceros aun cuando sea una sociedad mercantil, puesto que a la postre es el Estado el que se halla detrás.

El tercero al Derecho Administrativo en lo que hace al ejercicio de autoridad (funciones públicas) y al Derecho Privado en lo demás.

Y, el cuarto, que es el que aquí interesa, al Derecho Privado, aunque complementado por principios generales del Derecho de origen jurídico-público.

En ese "espacio público" se produce, pues, en mayor o menor medida un cierto

<sup>4</sup> Piénsese, por ejemplo, en el transporte urbano prestado a través de una sociedad mercantil de capital municipal. Por virtud del Derecho Privado al que se somete la explotación del servicio hablamos de "vida privada" de la Administración.

<sup>5</sup> Lo mismo cabe decir de la colaboración en funciones públicas, como puede darse en el ámbito de la inspección técnica de vehículos, aun en la hipótesis de que la eventual orden de no circular, por ejemplo, fuera asumida finalmente por la propia Administración. En la medida en que estas actividades de un modo u otro se reconducen de ordinario en última instancia a la Administración misma y el ejercicio de autoridad se sujeta propiamente al Derecho Administrativo, hablamos igualmente de "vida pública de la Administración pública".

<sup>6</sup> Desde la prestación del servicio de telefonía o de energía eléctrica, pasando por la evaluación o acreditación ambiental de una actividad privada, hasta la aprobación de códigos profesionales. De ahí que, en justa correspondencia con lo que se dice en las notas anteriores, hablemos de "vida pública de los actores privados".

mestizaje de normas de carácter jurídico-privado y jurídico-público, sin que ello signifique que se disuelva el fundamento de la división entre el Derecho Privado y el Derecho Público (respectivamente, autonomía de la libertad, y legitimación del poder público).

En el presente capítulo, nos ocupamos, pues, de los actores verdaderamente privados, bien porque lo han sido siempre (como en el caso de las agencias de calificación crediticia o de ISO)<sup>7</sup>, o bien porque llevan a cabo funciones o actuaciones que han sido transferidas al sector privado (como sucede en el caso de los sectores regulados).

En estos supuestos, el actor privado no es ya un mero sujeto pasivo a proteger, sino también y sobre todo un agente al que han de exigírsele determinadas conductas en aras del interés general<sup>8</sup>. Aludimos, en otras palabras, a la aplicación analógica a esos sujetos privados de ciertos principios públicos (tales como la transparencia o la imparcialidad, por ejemplo), en virtud de las funciones que tengan reconocidas.

## 2. La sucesiva expansión del Derecho Administrativo en la tierra de frontera público-privada

Desde su núcleo originario, el Derecho Administrativo ha experimentado una constante expansión en sus relaciones colaborativas

<sup>7</sup> Respecto de las primeras, puede verse Reglamento (UE) N° 462/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia, así como la Directiva 2013/14/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que modifica la Directiva 2003/41/CE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Por lo que hace a ISO, véase su página oficial: "ISO is an independent, non-governmental international organization with a membership of 161 national standards bodies. Through its members, it brings together experts to share knowledge and develop voluntary, consensus-based, market relevant International Standards that support innovation and provide solutions to global challenges." Véanse en su página oficial los "Codes of Conduct for the Technical Work".

<sup>8</sup> Y ello porque, en lo que hace a las actividades de regulación, por ejemplo, establece estándares ambientales o para la fabricación de productos y la prestación de servicios; dispone códigos de conducta profesional; evalúa y certifica el cumplimiento de esos u otros estándares y códigos; aprueba normas de seguridad alimentaria; controla el cumplimiento de esos u otros estándares, normas y códigos. O bien, porque presta servicios en los sectores regulados en régimen de mercado.

con el Derecho Privado. Éstas sido relaciones eminentemente funcionales y han supuesto un progresivo protagonismo de la dimensión objetiva y funcional de Derecho Administrativo, en detrimento de su vertiente subjetiva<sup>9</sup>. Podríamos esbozar tres círculos concéntricos:

a) *Cuando los sujetos privados ejercen funciones públicas*

Cuando los sujetos privados comenzaron a ejercer, siquiera fuera excepcionalmente en sus inicios, funciones públicas en sentido estricto por delegación legislativa y encargo de la Administración, el Derecho Administrativo reaccionó extendiendo su manto para cubrir también esas actuaciones, aun cuando la persona física o jurídica no fuera una Administración pública. El actor privado no quedaba enteramente libre del Derecho Administrativo, por lo que debía ejercer esas potestades administrativas delegadas o atribuidas de acuerdo con ciertas condiciones (de procedimiento y de carácter sustantivo). Se produce así en cierto modo una primera ampliación del círculo o ámbito subjetivo del Derecho Administrativo, para incluir asimismo a actores privados que operan bajo el paraguas de la Administración<sup>10</sup>.

b) *Cuando el sujeto público ejerce funciones administrativas privadamente*

Cuando, avanzado el siglo XX, crece exponencialmente el sector público y el Estado crea múltiples sociedades mercantiles y otros entes instrumentales para prestar toda clase de servicios o producir bienes en régimen de Derecho Privado, la doctrina del Derecho Administrativo, antes que las leyes, respondería exigiendo que esa "Administración vestida de civil" respetara criterios, principios y derechos dimanantes de los derechos fundamentales y de los principios administrativos clásicos, como la prohibición de trato discriminatorio y

<sup>9</sup> Dimensión ésta que pone el acento, como es bien sabido, en el sujeto "Administración pública", aunque vinculada de ordinario al ejercicio de autoridad. El Derecho Administrativo es, pues, el Derecho de la Administración pública como *potentior persona*.

<sup>10</sup> La vertiente objetiva, por el contrario, enfatiza la actividad desplegada y, en última instancia, la función que se satisface, con independencia –en mayor o menor medida– del sujeto que la realice y de su naturaleza pública o privada.

<sup>10</sup> Este primer fenómeno nació, pues, como consecuencia de la colaboración del sector privado con la Administración en el ejercicio de funciones públicas en sentido estricto. La expansión resultaría obligada y en principio simple. En su virtud, por ejemplo, si el concesionario de un servicio público ejerce autoridad sobre terceros, ese ejercicio se someterá a las exigencias propias del Derecho Administrativo.

desproporcionado. Se ampliaría así de nuevo –aunque a la inversa en razón del sujeto afectado– el círculo del Derecho Administrativo, esta vez en sentido subjetivo (Administración que actúa conforme al Derecho Privado), con un adicional componente objetivo (la realización de determinadas actividades prestacionales de interés para la entera sociedad). La suma de los dos elementos determinaba la aplicación de ciertos límites derivables del Derecho Público<sup>11</sup>.

c) *Cuando el sujeto privado desempeña actividades de servicio público o de regulación (sin ejercicio de autoridad)*

Cuando el sujeto privado desempeña funciones y responsabilidades en el ámbito de los servicios públicos o de las actividades de regulación –sea porque se le transfieren o porque se le reconocen–, es claro que se hace copartícipe de actividades con una indudable trascendencia social y económica para la calidad de vida de las personas y su bienestar, la creación de clase media y el acceso de todos a los bienes y servicios más relevantes, la consecución de objetivos de justicia distributiva y el adecuado funcionamiento de la sociedad y la economía, entre otros efectos.

Ese hecho explica que el Estado y, con él, el Derecho Administrativo no se desentienda de esas actividades por el hecho de estar en mano privada o prestarse en régimen de mercado. Los actores no estatales se hallan

<sup>11</sup> Esta segunda expansión es fruto de la formación de un sector público de amplio espectro, en cuya virtud el Estado adquirió un evidente protagonismo como poder económico y transformador social. Y ello no a través de Administraciones dotadas de *imperium* o autoridad, sino por medio del vehículo del Derecho Privado. La respuesta jurídica desde el Derecho Administrativo ante el colosal empuje y capacidad directiva de la vida económica y social que generan millares de corporaciones industriales y comerciales controladas por el Estado fue desde luego modesta, aunque no inexistente.

Una doble distorsión pudo inducir a una cierta despreocupación por parte del Derecho Público de esta inmensa y poderosa actividad: de un lado, se trataba de actividades económicas que se prestaban en régimen de Derecho Privado (aunque constituían en muchos casos un verdadero monopolio); de otro, la actuación estatal a través de sus entes instrumentales no hacía uso, de ordinario, de potestad administrativa alguna.

El administrativista, en ese contexto, se centraría en la compleja y heterogénea organización del sector, en el régimen jurídico aplicable y en las diversas formas de control que el Estado ejercía sobre esos entes, antes que en el intento de disciplinar jurídicamente su actividad respecto de terceros, de someterla a un mayor escrutinio en lo que a la observancia de principios jurídico-públicos se refiere (desde la transparencia y la participación, hasta la motivación o la no discriminación; desde la eficacia hasta la eficiencia, y así sucesivamente).

sometidos, en efecto, a una intensa regulación respecto de los terceros a los que dirigen su actividad (como sucede, paradigmáticamente, en los sectores regulados)<sup>12</sup>. El Derecho Administrativo se preocupa, a través de múltiples estrategias, de que esas actividades se ordenen a la satisfacción de esos fines más altos.

Ahora bien, en las páginas que siguen se pone el foco de atención en una perspectiva adicional, no excluyente, consistente en la incorporación de ciertos principios generales, cultivados de ordinario en el seno del Derecho Público, a la “vida pública” de los sujetos privados, es decir, cuando éstos actúan como prestadores de servicios o “reguladores” frente a terceros. Hablamos, por tanto, de una suerte de colaboración entre el Derecho Público y el Derecho Privado. El interrogante básico podría formularse así: si la posición que ocupa ahora el sector privado “en el lugar de” la Administración requiere un tratamiento jurídico equivalente al que a ésta se le daba (o se le daría), esto es, si las relaciones entre la organización privada que presta el servicio o realiza la actividad de regulación, de un lado y, de otro, el destinatario final de esas actividades o servicios, han de estar impregnadas de ciertos principios generales. En concreto, por ejemplo: si la Administración debía certificar si una empresa privada cumplía estándares ambientales con base en el conocimiento experto, de un modo neutral e independiente y con la suficiente motivación, ¿no debería la entidad privada que ahora realiza esa misma actividad incorporar iguales o equivalentes principios cuando evalúa o certifica?<sup>13</sup>

A nuestro juicio, la respuesta es resueltamente positiva: cuando los actores privados realizan determinadas actividades, les serán de aplicación complementaria ciertos principios jurídico-públicos. El hecho de que se

<sup>12</sup> Sobre el tema y desde la perspectiva de las variadas fórmulas y modelos de organización de los servicios públicos, puede verse mi trabajo “El servicio público ‘a la francesa’ y a la ‘norteamericana’”. La convivencia de dos modelos”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (editado por Edgar González López et al.), Universidad Externado de Colombia, Consejo de Estado, Bogotá, Colombia, 2017.

<sup>13</sup> Ciertamente, este interrogante, se diga o no expresamente, con o sin pretensiones conceptuales, se funda en la premisa de que cabe hablar de actividades materialmente “administrativas” (“vida pública”), definidas no necesariamente por la “naturaleza de las cosas”, sino por lo que el Derecho en cada tiempo y lugar establezca. Indisolublemente unida a esa premisa acompaña otra: si ello es así, a esos sujetos privados que proveen y regulan en relación con terceros habrá que exigirles ciertos comportamientos específicos en favor de su control y en garantía de sus destinatarios.

le transfiera o reconozca al sector privado su desempeño no impide, antes al contrario, que esa operación vaya acompañada, y valga la imagen, de una suerte de obligado “equipaje” de principios y valores que han de ser en todo caso asumidos por el actor no estatal. Valores y principios que resultan inherentes a la actividad, tales como –a título de ejemplo– transparencia, independencia, neutralidad, conocimiento experto, motivación en el campo de las actividades de regulación; o los de no discriminación y proporcionalidad en el terreno de los servicios públicos.

Se puede hablar, como se ha advertido, de una tercera ampliación del círculo de influencia del Derecho Administrativo, en este supuesto, no de carácter subjetivo, sino funcional y objetivo. Esta expansión es manifestación no ya sólo de la denominada privatización, sino de la creciente asunción de responsabilidades por parte del sector privado en escenarios en los que no ha estado presente la Administración, o no lo ha estado inicialmente<sup>14</sup>.

Son muchos los supuestos –a nivel estatal, supraestatal y global– en los que cabe apreciar la vigencia de esos principios. No quiere decirse con ello que la cuestión esté cerrada, puesto que, junto a ejemplos positivos, queda un largo camino por recorrer, siendo necesaria una elaboración sistemática de esta colaboración normativa del Derecho Administrativo y del Derecho Privado.

### 3. Resumen y delimitación del objeto

Son esas las actividades privadas –de servicio público y de regulación– a las que nos referimos aquí, a efectos didácticos, con la expresión “vida pública” de los actores privados.

En este capítulo exploratorio se argumenta, pues, que el Derecho Administrativo, en forma de principios jurídico-públicos<sup>15</sup>, ha de

<sup>14</sup> Las agencias de calificación crediticia son un ejemplo de ello, como también la regulación por algoritmos que hoy realizan entidades privadas y autoridades públicas.

<sup>15</sup> Así, y sin perjuicio de cuanto luego se dirá, en el plano de la actividad de regulación, son de destacar los principios de la buena regulación y, desde luego, la transparencia; la representatividad (exigible de aquellas organizaciones que en régimen de autorregulación establecen códigos de conducta o estándares); la independencia y neutralidad de quien ha de establecer una norma, aplicarla o evaluar su cumplimiento; el conocimiento experto de quienes participan en el proceso decisorio (que evita la actuación caprichosa o arbitraria o el criterio meramente político); la motivación (que asegura que la decisión se base en razones legítimas y demuestra el respeto de buena parte de los anteriores principios); así como principios sustantivos como son la prohibición de trato discriminatorio, la interdicción de la arbitrariedad o la proporcionalidad.

extenderse a la acción de los actores privados en el campo de los servicios públicos y de las actividades de regulación, aún en el caso de que no ejerzan funciones públicas en sentido estricto, ni potestades administrativas<sup>16</sup>.

Circunscribimos nuestra reflexión a esos dos grupos de actividades, entendidas a su vez en su sentido más amplio posible. Y así, dentro del campo de los servicios públicos, incluimos no sólo los que se instrumentan al modo clásico según el modelo francés (por ejemplo, mediante concesión de servicio público), sino también a los que se prestan a través de los denominados sectores regulados (energía, telecomunicaciones, correos..., en función de cada tiempo y lugar). Y al hablar de actividades de regulación en sentido amplio no sólo hacemos referencia al establecimiento de normas o estándares (sea o no en régimen de autorregulación), sino también a cualquier otra medida que tenga igualmente por objeto impulsar o influir, de un modo u otro, la acción de sus destinatarios, lo que incluye, entre otras, las actividades de implementación, las de evaluación y certificación, las de información, vigilancia y supervisión, o las de ejecución.

## II. Una borrosa línea de separación entre las actividades privadas y las públicas (objeto de consideración)

El nuevo reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad constituye uno de los mayores retos a los que ha de enfrentarse la ciencia del Derecho Administrativo<sup>17</sup> (*infra* 1), habida cuenta de la relevancia de las funciones que comparte el sector privado (*infra* 2).

<sup>16</sup> Los principios a los que aquí se alude son aquellos que regulan y gobiernan las relaciones entre esos sujetos privados y terceras partes (es decir, entre los proveedores de servicios, y los usuarios y consumidores finales; entre los prestadores y partícipes de actividades de carácter regulador, y sus destinatarios). Esto es, por ejemplo, las relaciones entre el prestador del servicio de certificación ambiental y el consumidor final; entre la agencia que evalúa el crédito, y la banca privada o la deuda soberana; entre el organismo que elabora un estándar, y quien se sirve de él; entre la operadora de telefonía, y el usuario final, y así sucesivamente).

<sup>17</sup> En términos generales, como sostiene M. Ruffert "without any doubt the public-private law divide is a core theme in the development of modern administrative law." en "Introduction", M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide. Potential for transformation?* British Institute of International and Comparative Law, London, 2009, p. XIV. Véase también el diálogo franco-británico: Jean-Bernard Auby, M. Freedland (editors), *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques* (bilingüe), 2000.

Mientras la zona de frontera entre la esfera pública y la privada ha devenido en nuestro tiempo fluida y porosa<sup>18</sup>, la división entre el Derecho Público y el Derecho Privado no ha seguido un camino paralelo<sup>19</sup>. De entre las múltiples cuestiones que aquí se suscitan, nos interesa la relación colaborativa entre ambas ramas y nuestra reflexión se contrae a un punto, como se ha adelantado: aquellas actividades que, además de por su importancia e impacto, se caracterizan por hallarse en cierto modo en la misma línea fronteriza entre ambos territorios, poblados por una constelación de actores públicos y privados.

Son actividades, las que realizan los unos y los otros, de ordinario interrelacionadas, por lo que han de trabajar coordinadamente. Más allá de las específicas reglas por las que se rigen cada uno de ellos, es necesario hallar unos principios comunes que las trasciendan y que les den sentido y unidad, que acompañan a la actividad misma con independencia del sujeto que la realice. De eso justamente nos ocupamos aquí.

Antes, sin embargo, pongamos en perspectiva la evolución de la divisoria público-privado en un contexto más amplio, esbozando las coordenadas tradicionales sobre las que se ha asentado el Derecho Administrativo tradicional<sup>20</sup>, para destacar la que aquí importa, la relativa a las relaciones Estado-sociedad<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Muchas actividades de servicio público y de normación se encuentran entrelazadas en manos de una constelación de sujetos públicos y privados. No se suelen confiar exclusivamente y en su integridad al sector público o al sector privado, sino que se comparten. La suma es necesaria. Los sujetos públicos y privados intervinientes no son piezas aisladas, ni compartimentos estancos. Juntos satisfacen una común misión en esa zona de intersección e interacción.

<sup>19</sup> En relación con Inglaterra, puede verse Catherine Donnelly, "The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance", en M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide*, cit. p. 200, 202. En numerosos ordenamientos de la tradición europeo-continental, el debate doctrinal se ha intensificado y la bibliografía es muy abundante.

En la tradición del *civil law*, la separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha estado marcada por una división rígida, como esferas separadas, aun cuando tuvieran puntos de intersección o de encuentro. Derecho Público y Derecho Privado se conciben en términos alternativos y excluyentes, a lo que ha contribuido la dualidad jurisdiccional del modelo francés. Si una actividad o responsabilidad se sometía al Derecho Privado, el Derecho Administrativo poco o nada podía hacer. No así a la inversa, puesto que el Derecho Privado ha sido de ordinario supletorio del Derecho Administrativo.

<sup>20</sup> *Infra* a) y b).

<sup>21</sup> *Infra* c).

## 1. Tres desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo

### a) Tres premisas clásicas

El Derecho Administrativo tradicional se ha construido sobre tres premisas básicas: el Derecho Administrativo es por definición una rama de ámbito nacional o “estado-céntrica”; el Derecho Administrativo se activa cuando el sujeto Administración pública ejerce potestades o autoridad; y el Derecho Administrativo tiene por objeto disciplinar la acción de una organización –la Administración– subordinada y dirigida por la ley como si de una correa de transmisión se tratase.

### b) *La apertura de las fronteras clásicas*

El Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de vocación «ejecutiva» o de aplicación cuasi-mecánica de una todopoderosa y omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas clásicas ha permanecido inalterable a lo largo del tiempo<sup>22</sup>.

### c) *En particular, el desbordamiento de la segunda premisa. El entrelazamiento entre el Derecho Privado y el Derecho Administrativo*

En la tierra de frontera, señaladamente en los campos que se refieren a los servicios públicos y a las actividades de carácter regulador, cabe

<sup>22</sup> La expansividad –por no decir «gran explosión»– que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en un claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas. Así, la *globalización e internacionalización de la acción administrativa* (i); la *corresponsabilidad del sector privado* en numerosas tareas (ii); o el singular *protagonismo* de no pocas Administraciones –como los organismos reguladores y las agencias independientes– en la *realización de políticas públicas* de notable impacto (iii), no son sino una muestra de ello.

La expansión «hacia arriba» o «hacia el exterior» se representa, entre otras cosas, en las relaciones que mantienen las Administraciones nacionales más allá del Estado; la expansión «hacia los lados» se manifiesta en las nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que ésta adquiere una mayor implicación; y la expansión «hacia adentro», en el crecimiento de la naturaleza y capacidad directiva de la Administración en la realización de nuevas y relevantes políticas públicas.

Con carácter general, me remito a mi trabajo *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo*, Global Law Press- Editorial Derecho Global, Sevilla, 2015 (disponible en <http://es.globallawpress.org/portfolio/transformaciones-cientificas-derecho-administrativo/>).

hablar de entrelazamiento entre numerosas Administraciones y actores privados, de corresponsabilidad y reparto de funciones, en suma, de colaboración.

Como se ha notado, el sistema de distribución o reparto de competencias, responsabilidades y funciones entre el Estado y la sociedad ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas. De un lado, el actor privado ha pasado a ocupar actividades antes desempeñadas por el sector público; de otro, actividades en mano privada desde sus orígenes han adquirido progresivamente un protagonismo muy superior<sup>23</sup>. Aun cuando el Estado se haya introducido en nuevas parcelas y no pueda hablarse tampoco de “retirada”, ni de Estado minimalista<sup>24</sup>, en lo que ahora interesa, el resultado es evidente: el actor no estatal lleva a cabo actuaciones trascendentes para la entera sociedad. Muchas de las funciones del gobierno contemporáneo no las ejerce el ejecutivo, el legislativo y el judicial con el monopolio de la fuerza, sino redes de organizaciones privadas, en régimen de autorregulación o de colaboración con el Estado, en una clara interdependencia entre actores públicos y privados<sup>25</sup>. De esas nuevas relaciones entre el Estado y sociedad se sigue una nueva forma de concebir a su vez las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, antaño marcadas por el antagonismo y su carácter alternativo o excluyente<sup>26</sup>. Concepción

<sup>23</sup> Ejemplos paradigmáticos lo constituyen las agencias de calificación crediticia o las normas ISO. Ambas actividades y organizaciones han sido privadas en su origen.

<sup>24</sup> También ha crecido la acción estatal en nuevos frentes, como sucede en el ámbito de la sociedad de la información o de los sectores regulados.

<sup>25</sup> *Vid.*, por ejemplo, Catherine Donnelly, “The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance”, en M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide*, cit., p. 169; A. Voßkuhle, “Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State”, en *The Public-Private Law Divide*, cit.

<sup>26</sup> Es éste un fenómeno que ha despertado no poca atención, aun cuando en cierto modo resulte menos visible que otros movimientos que discurren en paralelo, como es la globalización.

Una aproximación de ambas ramas y un desdibujamiento de sus antiguas fronteras se deja sentir desde diversas culturas y enfoques metodológicos. Así, por ejemplo, se habla de extender los valores públicos a través del Derecho Privado –y donde la “privatización” podría entenderse como una especie de “publicación” a modo de caballo de Troya. Desde los EE. UU., por todos, Jody Freeman, “Extending Public Law Norms through Privatization”, 116 *Harv. L. Rev.* 2002-2003 pp. 1291 y ss.; de la misma autora, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, 2000; y también “The Private Role en Public Governance”, 75 *N.Y.U. L. Rev.* 2000. O se señala la complementariedad del Derecho Privado para la acción del Derecho Administrativo, en el servicio de los fines de interés

ésta, por cierto, de la que no logró sustraerse la vieja preocupación por la “huida del Derecho Administrativo”, y ello porque la huida significaba, a la vista del abismo que separaba ambas ramas, que escapaba para siempre de su zona de influencia.

Muy lejos quedan, pues, los tiempos en que el Estado y la sociedad se concebían como esferas formalmente separadas, como se propugnara en las revoluciones de los siglos pasados (la liberal y la socialista). Hoy, por el contrario, Administración e individuo, Estado y sociedad, se presentan profundamente entrelazados en múltiples espacios. Y es en esos puntos de contacto o de frontera donde la ciencia del Derecho Administrativo experimenta una creciente y potencial expansión para interesarse por cuestiones en ocasiones menos exploradas, y no tanto para rivalizar con normas públicas allí donde el régimen es jurídico-privado. También quedan atrás, en consecuencia, los tiempos en que el individuo era contemplado simplemente como un “particular” o como mero sujeto pasivo que había que tutelar y proteger frente a la injerencia o intervención estatal<sup>27</sup>. En ese contexto, el administrativista ha de ir más allá de la lógica posición defensiva, o de límite frente a la privatización, para indagar qué deberes ha de satisfacer el actor no estatal cuando esas actividades, por ejemplo, han quedado “privatizadas”.

Como afirma S. Cassese, el Derecho Administrativo contemporáneo obliga a abandonar el paradigma del régimen de Derecho Público, a “des-publiificar” el análisis que hace la doctrina administrativista y a analizar las ambigüedades y la riqueza de interacción e intersección que presentan el Derecho Público y el Derecho Privado<sup>28</sup>.

general. Desde Alemania, por todos W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

<sup>27</sup> Me remito a mi trabajo «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

<sup>28</sup> Sabino Cassese, “New paths for administrative law: A manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, 1 July 2012, pages 603–613, p. 607. Asimismo, Francesca Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, 59 Am. J. Comp. L. 859 (2011). Desde otra perspectiva, en línea con el texto, J. Barnes, “Die Übertragung öffentlich-rechtlicher Werte auf private Akteure auf der Grundlage von Organisation und Verfahren”, en *Strategien der Rechts im Angesicht von*

2. La presencia del sector privado en la prestación de actividades de servicio público y en la cadena reguladora.

a) *Servicios públicos y actividad de regulación*

El sector privado colabora<sup>29</sup> con las Administraciones de un modo particularmente intenso tanto en el ámbito de las actividades de regulación<sup>30</sup>, como en el terreno de los servicios públicos<sup>31</sup>. La calidad de vida de los individuos depende en buena medida de esos servicios, del mismo modo que una regulación adecuada de la vida social, económica, ambiental, tecnológica o informativa resulta de vital im-

*Ungewissheit und Globalisierung* (edited by Darnaculleta Gardella, Esteve Pardo, Spiecker gen. Döhmann) Nomos Verlag, 2015 in totum.

<sup>29</sup> Como A. Voßkuhle recuerda, el término “cooperación” plantea algunos problemas en sí mismo. “Cooperation implies private parties are acting voluntarily, which may not always be the case; private actors may be legally bound, indirectly induced or just offered the opportunity to perform certain services in the common public interest.” See “Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State”, en *The Public-Private Law Divide*, cit., p. 206. De ahí que resulte –a nuestro juicio– preferible utilizar el término “colaboración”, descargado de connotaciones jurídicas, para describir este fenómeno, que por otra parte puede calificarse de “división del trabajo”, como el propio autor apunta (ib. p. 208). Véase por otro lado C. Fraenkel-Haeberle, “Unternehmerische Organisationsformen öffentlicher Verwaltungstätigkeit”, en *DÖV*, 2012, p. 945.

<sup>30</sup> Por “actividades de regulación” no aludimos aquí al específico concepto de “regulación” propio de los “sectores regulados”, sino a algo mucho más amplio, esto es, a toda medida que directa o indirectamente tenga por objeto dirigir, modificar, o condicionar la acción de sus destinatarios. Cuando la aplicamos al sector privado, hacemos referencia a su participación en la cascada o cadena regulatoria, bien estableciendo estándares, bien certificando su cumplimiento, o bien, por ejemplo, colaborando en la implementación y ejecución. Es decir, se trata de la regulación que el sector privado realiza para terceras partes, en cualesquiera de las fases propias del ciclo de una política pública (agenda, propuestas y borradores, normas o estándares, implementación, certificación y evaluación, supervisión, reforma...). E incluye igualmente cualquier estrategia reguladora, y no sólo la que se expresa a través de normas o estándares escritos (por ejemplo, regulación por información, regulación por software y algoritmo, regulación a través de mercado, entre otras), ya se trate de sectores organizados por completo por el Estado o en régimen de autorregulación. Vid. Jody Freeman, ‘Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law’, *Administrative Law Review* (52 Admin. L. Rev. 813) 2000, p. 816.

<sup>31</sup> Por actividades de servicio público entendemos aquí, igualmente en el sentido más amplio posible, tanto las actividades y servicios prestados en el ámbito de los sectores regulados, como los clásicos servicios públicos otorgados mediante concesión. A tal efecto, me remito a mi trabajo “El servicio público ‘a la francesa’ y a la ‘norteamericana’”. La convivencia de dos modelos”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (edited by Edgar González López et al.), Universidad Externado de Colombia, Consejo de Estado, Bogotá, Colombia, 2017.

portancia para la sociedad. De ahí que hablemos de que participan de la “vida pública”. Con ello se alude, entre otros, a los sectores regulados y a los concesionarios de servicios públicos, a las organizaciones de estandarización, a las asociaciones profesionales que establecen códigos de conducta, a las agencias de calificación crediticia, a los servicios de certificación, a los sindicatos en su participación en la función reguladora, y así sucesivamente.

b) *Un complejo entorno de colaboración*

En términos generales, puede afirmarse que autoridades públicas y actores privados se integran en un entorno institucional y colaborativo más rico y complejo que en el pasado<sup>32</sup>. Unos y otros comparten responsabilidades y funciones en esos dos grandes campos<sup>33</sup>. En ese sentido, puede decirse que la organización de las actividades de regulación y de servicios podrían describirse en nuestro tiempo como un sistema de “administración mixta”, en el que unos y otros comparten funciones relevantes<sup>34</sup>. En realidad, se produce un alto grado de interdependencia entre los actores públicos y los privados en esos ámbitos. Los actores privados participan activamente, como se ha notado, tanto en las diversas fases o etapas del proceso regulador (desde el establecimiento de estándares, pasando por su implementación y ejecución, hasta su supervisión y reforma)<sup>35</sup>, como en la prestación de servicios públicos de toda clase<sup>36</sup>. Si autoridades públi-

cas y actores no estatales constituyen piezas de un proceso más amplio<sup>37</sup>, resulta exigible una cierta coherencia en lo que a los principios fundamentales que presiden la realización de esas actividades se refiere.

La aportación de cada uno de esos actores no puede ser analizada de forma segmentada, como si fueran compartimentos estancos.

### III. Principios de la “vida pública” que han aplicarse a los actores privados

#### 1. Sentido y alcance de los principios “públicos” o “administrativos”

Los principios a los que aquí se hace referencia –principios para la gobernanza pública o la “vida pública” de los actores no estatales– se extraen primariamente del Derecho Administrativo, y, en menor medida, del Derecho

---

guardan relación instrumental con la razón de ser o fundamento del servicio público como tal, aunque difieren en función del modelo de servicio público de que se trate en cada caso. Así, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, cabrían destacar el proceso debido, la proporcionalidad, la prohibición de trato discriminatorio, la transparencia en relación con la interconexión y el acceso, la publicidad de la contratación, o los derechos de los individuos a informar y a ser informado, así como a la continuidad de servicio, entre otros (p. ej., arts. 10, 14 y 47 de Ley española 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), mientras que el concesionario de un servicio público habrá de prestar al servicio, más allá de lo que el contrato establezca, en condiciones análogas a como lo haría la propia Administración.

En ese sentido, interesa recordar el art. 1.3 de la Ley italiana de procedimiento administrativo (Legge sul procedimento amministrativo, L. n. 241/1990), de acuerdo con el cual los sujetos privados encargados de actividades administrativas han de observar los criterios y principios a los que se refiere el art. 1.1 (imparcialidad, publicidad, transparencia, eficacia, economía) con un nivel de garantía no inferior al que están obligadas las Administraciones públicas.

<sup>37</sup> Como Jody Freeman explica, “administration is an enterprise characterized by interdependence among a host of different actors (agencies, private firms, lenders, insurers, customers, non-profits, third party enforcers, and professional associations, for example). Government and non-government actors operate in a context of institutional richness, in relationship to each other, and against a background of legal rules, informal practices and shared understandings. These public-private arrangements defy easy division into purely public and purely private roles.” Cfr. “Private Parties”, cit. p. 857.

Por su parte, Sabino Cassese, “New path”, cit. p. 608, afirma que ‘Administration, politics, and society now form a triangle; there is no longer a clear dividing line between administration and society; negotiation runs side by side with command and control; as soon as new services require new structures, these new structures establish links with their institutional clients and attract new clients (both internally and externally); decision-making processes are replaced or accompanied by consultation, mediation, Parliament-like procedures, or, simply, muddling through.’

<sup>32</sup> Jody Freeman, ‘Private Parties’, p. 816. ‘Private individuals, private firms, financial institutions, public interest organizations, domestic and international standard-setting bodies, professional associations, labor unions, business networks, advisory boards, expert panels, self-regulating organizations, and non-profit groups all help to perform many of the regulatory functions that, at least in legal theory, we assume agencies perform alone.’

<sup>33</sup> Véase sobre el tema Jody Freeman, ‘Private Parties’, p. 816. ‘Private individuals, private firms, financial institutions, public interest organizations, domestic and international standard-setting bodies, professional associations, labor unions, business networks, advisory boards, expert panels, self-regulating organizations, and non-profit groups all help to perform many of the regulatory functions that, at least in legal theory, we assume agencies perform alone.’

<sup>34</sup> Mark Aronson, ‘A Public Lawyer’s Response to Privatization and Outsourcing’, en *The Province of Administrative Law*, cit. p. 40, 52 (Michael Taggart ed., 1997) (discussing roles of public and private actors in what he calls ‘mixed’ administrations).

<sup>35</sup> Jody Freeman, ‘Private Parties’ p. 816.

<sup>36</sup> A los distintos modelos y sistemas de servicio público subyace la idea de que el libre mercado no es capaz de prestar esas actividades por sí solo en ciertas condiciones, como son la universalidad del acceso, la gratuidad de la prestación o la asequibilidad de su precio, y la calidad adecuada. Aquí los principios que han de observarse

Constitucional, lo cual no impide reconocer por otra parte su trasunto o expresión, según los casos, en el Derecho Privado<sup>38</sup>.

Hablamos de principios “públicos” o “administrativos”, primero, porque tuvieron su eco, y adquirieron su particular formato, en el seno del Derecho Administrativo y, en segundo término, porque tienen lugar en lo que hemos venido en llamar “espacio público” o “vida pública”, por su impacto y efectos sobre la entera sociedad.

Las razones en pro de su transposición han quedado apuntadas: primero, se trata de actividades de alto impacto para toda la sociedad y parece lógico pensar que, con independencia de que se les califique o no como actividades materialmente administrativas, han de llevarse a cabo en unas determinadas condiciones, que son las que esos principios sintetizan. Segundo, son actividades que no se realizan aisladamente, sino en conjunción con otras en manos de las autoridades públicas, en un espacio compartido, por lo que parece oportuno que unos y otras se sometan a principios comparables, equivalentes y compatibles. Tercero, esos principios generales son inherentes a las funciones de regulación y de servicio público, al margen del operador que las realice.

## 2. Algunos ejemplos de aplicación de los principios administrativos a los sujetos privados

¿A qué principios habrían de sujetarse, por ejemplo, las asociaciones profesionales cuando, en régimen de autorregulación, establecen códigos de conducta? ¿Cómo han de comportarse las empresas certificadoras o evaluadoras? ¿Qué principios han de gobernar las decisiones que adopta la ICANN o las normas que elabora

Por ejemplo, la Unión Europea ha establecido normas sobre las agencias de calificación crediticia exigiendo de ellas que actúen con transparencia, independencia,

<sup>38</sup> Sobre este último extremo, véase, por ejemplo, M. Taggart, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 5; asimismo, Dawn Oliver, ‘The Underlying Values of Public and Private Law’ en *The Province of Administrative Law*, edited by M. Taggart, p. 217-242. ‘There is a good deal of interaction between the two bodies of law, and there is increasing evidence of cross-fertilisation...’ (M. Taggart, *ibid.*). Por ejemplo, las reglas de conflicto de intereses, según los casos, se hayan más desarrolladas en el Derecho Privado que sus homólogas normas de abstención y recusación, del todo obsoletas y primitivas, en el Derecho Administrativo.

conocimiento experto y ausencia de conflicto de intereses<sup>39</sup>. Y ello en la conciencia de que a través de sus evaluaciones estas entidades privadas generan un evidente impacto regulador indirecto, tanto sobre las instituciones financieras privadas, como sobre la deuda pública. En igual sentido se mueve el caso, ya aludido, de las Directivas relativas a la contratación por entidades privadas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y a las que se les sujeta a principios de la contratación pública<sup>40</sup>.

En el plano global, cabe citar dos casos bien conocidos y característicos. Uno es el de los estatutos de la ICANN<sup>41</sup>, que, como se ha dicho gráficamente, son en sí mismos una suerte de “ley de procedimiento administrativo”<sup>42</sup>. Entre otras cosas, disponen la aplicación de los principios de transparencia, motivación, búsqueda de consenso, control, y no discriminación<sup>43</sup>. El otro ejemplo lo representa ISO, cuyos estándares se elaboran de acuerdo con los principios de conocimiento experto y técnico, neutralidad, participación y representatividad de las asociaciones que lo integran.<sup>44</sup>

Los ejemplos citados no deben hacer pensar, sin embargo, que el estado de la cuestión es pacífico y que los problemas se hallan resueltos. Son muchas las actividades en las que no se han asumido los principios que les son inherentes<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies. Sections 6-12.

<sup>40</sup> Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE Texto pertinente a efectos del EEE.

<sup>41</sup> Internet Corporation for Assigned Names and Numbers es una organización privada, independiente y sin ánimo de lucro. Véanse los artículos I-IV de los estatutos.

<sup>42</sup> Sabino Cassese, ‘New Paths’, p. 607.

<sup>43</sup> Vid. Artículos I-IV.

<sup>44</sup> Vid. “Codes of Conduct for the Technical Work”, publicados en la página oficial. En ellos se expresa: “We will uphold the key principles of international standardization: consensus, transparency, openness, impartiality, effectiveness, relevance, coherence and the development dimension. “We agree to actively participate in standards development projects. We will make our contributions to the work through the official procedures in accordance with the ISO/IEC Directives.”

<sup>45</sup> Por ejemplo, a los sindicatos, en cuanto participan de múltiples formas en actividades de carácter regulador (por ejemplo, mediante la concertación social y la participación institucional), les puede faltar la necesaria representatividad.

### 3. Sobre los principios administrativos aplicables a las zonas comunes

A la hora de identificar los principios generales, de origen jurídico-administrativo, llamados a completar el régimen jurídico-privado a que se someten las organizaciones privadas que operan en los referidos campos, conviene hacer, con carácter previo, dos observaciones.

La primera se refiere a que estos principios generales rigen las relaciones que mantiene el sector privado, no con la Administración, sino con los destinatarios finales. La segunda no es sino mera consecuencia de la anterior. Y es que tales principios pretenden disciplinar el espacio que ocupaban, o que podrían ocupar, las Administraciones, cuando éstas se relacionaban con sus correspondientes destinatarios. Es decir, el control, garantía y eficacia que esos principios inducían respecto de la Administración, ahora lo pueden proyectar sobre los actores no estatales. Si la Administración debía regular, por ejemplo, sin incurrir en conflicto de intereses, ahora tendrá que hacerlo el sector privado cuando cumple esa función.

#### a) *La determinación de los principios aplicables a cada caso. Interpretación finalista y funcional*

Cuáles sean esos principios es algo que varía en cada caso, en virtud, primero, del ámbito de que se trate (servicios públicos o actividades de regulación). En ese sentido, entre los principios que caracterizan cualquier proceso regulador, con independencia de los actores intervinientes, cabría destacar la transparencia y el juego limpio, la neutralidad e independencia, la representatividad, el conocimiento experto y técnico, la búsqueda de consenso, o la motivación, principios éstos que se oponen en definitiva a la arbitrariedad. A las actividades de servicio público acompañan, entre otros, los principios de prohibición de trato discriminatorio y desproporcionado, la transparencia y el deber de informar, en beneficio de los principios que justifican la existencia misma del servicio (como la universalidad del acceso, la asequibilidad y la calidad razonable del servicio).

A su vez, esos grandes principios podrán modularse dentro de cada actividad de regulación y de cada clase de servicio –y de su concreta organización–, puesto que, por lo que a estos últimos se refiere y a título de ejemplo, no es lo mismo un concesionario de servicio

público frente a terceros<sup>46</sup>, que una operadora de telefonía<sup>47</sup>.

La finalidad última, que trasciende la variedad de principios radica en la promoción, a su través, de un mayor control del prestador y regulador<sup>48</sup>; una provisión de más calidad de los servicios públicos y actividades de regulación<sup>49</sup>; y una mejor garantía y tutela de los destinatarios de esas actividades<sup>50</sup>.

#### b) *Principios organizativos, procedimentales y substantivos.*

De entre las posibles clasificaciones que podríamos levantar respecto de los distintos principios generales, acaso la más relevante sea aquella que pone el acento en el impacto que generan los principios sobre el sujeto privado que regula o presta. Y en su virtud, podríamos subrayar, de un lado, aquellos principios que determinan la estructura interna de la entidad privada (porque afectan a su organización misma), y los que condicionan su entero proceso decisorio.

Antes, sin embargo, conviene hacer una consideración previa. Y es que en interés público el Derecho puede imponer sobre un individuo un límite puntual y específico, a modo de prohibición o de obligación, como hace el Derecho Privado, por ejemplo, restringiendo la autonomía de la voluntad cuando establece la duración mínima del contrato de trabajo o de arrendamiento. O bien, por el contrario, el ordenamiento jurídico puede prever pautas o criterios de actuación con un carácter más ambicioso y difuso, como hace el Derecho Público cuando, con efecto multiplicador, determina, por ejemplo, que un sujeto actúe siempre de forma transparente y motivada. Es a este segundo grupo al que en este capítulo se hace referencia, por su impacto transformador de la entidad privada que presta o regula.

<sup>46</sup> Véanse, por ejemplo, los principios que, según la Ley italiana de Procedimiento Administrativo, habrían de presidir su actuación (*supra* nota 36, segundo párrafo).

<sup>47</sup> En relación con este ejemplo, *vid. supra* nota 36, segundo párrafo.

<sup>48</sup> Así, la exigencia de transparencia y motivación evita la arbitrariedad en la prestación de un servicio de acreditación (actividad de regulación) y asegura la participación del conocimiento experto en la evaluación.

<sup>49</sup> La participación del público interesado en el diseño de un servicio público en régimen de competencia puede influir en el resultado final, por ejemplo.

<sup>50</sup> La mayor parte de los principios públicos enumerados por vía de ejemplo presentan esa doble caracterización, la de control (del sujeto que realiza la actividad) y la de garantía (del destinatario).

dad desde el momento en que no están representados en su seno las personas que se encuentran en paro.

Dentro de estos principios generales de mayor impacto y sentido positivo cabe distinguir, a su vez, entre principios que presentan una dimensión organizativa, porque tienden a estructurar la organización misma (membresía, composición y representatividad, ausencia de conflicto de intereses, presencia de expertos, por ejemplo), y principios que afectan al modo en que se toman las decisiones dentro de la organización (de modo transparente, mediante consultas y participación de expertos, con motivación y control, por ejemplo). A los primeros los denominamos principios organizativos y a los segundos principios procedimentales. Organización y procedimiento constituyen en cierto modo el genoma de una entidad, determinan su pertenencia a una u otra especie, y ello tanto en el caso de las autoridades públicas como de las entidades privadas<sup>51</sup>.

De otro lado, y en contraste con los anteriores, han de mencionarse los principios de carácter sustantivo, como la proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de trato discriminatorio, aun cuando su radio de acción o impacto resulte en cierto modo menor en este contexto, puesto que su contenido de ordinario se desenvuelve en sentido negativo o de prohibición (de trato discriminatorio o desproporcionado), y no en pautas o criterios positivos susceptibles de imprimir un particular estilo de hacer.

c) *Las fuentes del Derecho de los principios que gobiernan la vida pública de los actores privados*

Tanto las leyes formales<sup>52</sup>, como la jurisprudencia y, desde luego, las normas o estándares emanados en régimen de autorregulación,<sup>53</sup> pueden constituir fuentes del Derecho para la exigibilidad de los principios administrativos a los actores no estatales. La doctrina jurídica, por su parte, juega un papel destacado a la hora de explorar el entrelazamiento de

los sujetos públicos y privados en esas áreas y hacer las consideraciones prescriptivas que quepa derivar.

d) *Transposición de los principios públicos a la vida pública de los sujetos privados*

La transposición, obvio es decirlo, requiere un proceso de adaptación<sup>54</sup>. El hecho de que hayan de trasladarse principios, y no un conjunto detallado de reglas, de una rama a otra habla por sí solo. Se trata en definitiva de un trasplante y no de una aplicación en bloque<sup>55</sup>. Por lo demás, el proceso de transposición pasa por hallar y construir los principios equivalentes que los sujetos privados hayan de adoptar<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> El hecho de que sean principios lo que haya que trasladar y no un conjunto de reglas detalladas habla por sí solo. Se entiende, en ese sentido, que la citada Directiva 2014/25/UE exige de las entidades contratantes (empresas privadas) la aplicación de los principios de la contratación pública, pero no todas las normas que rigen para el poder adjudicador (véase, por ejemplo, art. 36.1).

<sup>55</sup> Es necesario proceder caso por caso, no ya sólo por las singularidades de cada ámbito y sector, sino también para establecer una regulación coherente entre los actores públicos y los privados. Mientras que en las actividades de regulación se han de evitar en particular los conflictos de interés, la falta de motivación o de representatividad, y las irregularidades procedimentales, entre otros problemas, en el campo de los servicios públicos han de combatirse la baja calidad de los mismos, la falta de universalidad real y de competitividad, la discriminación y una pobre protección de los consumidores y usuarios.

Y dentro de cada ámbito o sector cabrá hacer nuevas distinciones en función de la fase o estadio en el que se inserte la actividad en cuestión. Así, no es lo mismo establecer estándares (que exige representatividad, participación, transparencia o motivación, por ejemplo), que certificar o evaluar su cumplimiento (lo que no requiere participación en particular, sino conocimiento experto del evaluador, por ejemplo). En ese sentido, '[w]hen a private actor plays an enforcement role, we might expect it to act differently than when it develops standards. In the former case, we might worry about private motivations that threaten to conflict with a rational enforcement agenda. In the latter case, we might want to minimize self-dealing and anti-competitive behavior'. See Jody Freeman, 'Private Parties', p. 846.

<sup>56</sup> Ello puede hacer necesario destilar la esencia de los principios administrativos para transponerlos a los actores privados. Véase M. Taggart, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, cit. p. 3.

Principios como neutralidad o transparencia, por ejemplo, pueden proyectarse de modo distinto en cada caso. En consecuencia, la forma en que sean regulados podrá variar. La neutralidad, en ciertos supuestos, puede requerir una regulación más densa, como sucede con las agencias de calificación crediticia. En otros, en cambio, puede bastar una simple previsión, como el supuesto de ISO, antes citado. Cómo regular cada principio es una función eminentemente política.

<sup>51</sup> En ese sentido y aunque ello exceda de nuestro objeto, baste dejar anotado marginalmente que al administrativista le interesan lo que bien podríamos denominar "organización privada" y "procedimiento privado", por su paralelismo y analogía con la organización y el procedimiento administrativos, en la medida en que el actor privado ocupa "espacios públicos" en el sentido aquí utilizado. Sobre el tema, me remito a mi trabajo "¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho Privado?" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 (editado por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

<sup>52</sup> Recuérdese el caso citado de la legislación europea en materia de agencias de calificación crediticia.

<sup>53</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de ISO "Codes of Conduct for the Technical Work", antes citado.

#### IV. Estrategias del derecho administrativo en relación con la tierra de frontera entre el estado y la sociedad

La doctrina de Derecho Administrativo se puede ocupar de las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado desde múltiples ángulos y estrategias. Veamos algunas de ellas.

1. Posición defensiva (si y, en su caso, cómo confiar o mantener en manos privadas la realización de determinadas actividades)

En primer lugar, el Derecho Público se ha preocupado por los límites constitucionales que cabe oponer a la transferencia de determinadas responsabilidades y funciones al sector privado<sup>57</sup>, así, como en su caso, por las condiciones y procedimientos exigibles para llevar a cabo esa transferencia, reconocimiento o eventual publicación (señaladamente, en lo que hace a la aprobación legislativa y a la función de control del parlamento).

2. Estrategias positivas de entrelazamiento y colaboración entre ambas ramas del Derecho

Ahora bien, el Derecho Administrativo no se ha detenido en una estrategia defensiva, ni de crítica ante la huida hacia el Derecho Privado, sino que ha ido más allá en la búsqueda de posiciones constructivas y de colaboración entre ambas ramas del Derecho. Baste señalar tres:

- a) *La extensión de principios públicos a la Administración sometida al Derecho Privado (la vida privada de la Administración pública)*

En esa dirección se movieron doctrinas como la que propuso la extensión de ciertos principios a la Administración “vestida de civil”, esto es, a sociedades mercantiles y otras entidades privadas controladas por el Estado cuando prestaban servicios públicos<sup>58</sup> aun

<sup>57</sup> Y en menor medida por el mantenimiento de éstas en manos privadas en los casos en que siempre lo han estado. En el seno de la Unión Europea, se ha debatido, por ejemplo, la creación de agencias públicas de calificación crediticia.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, la doctrina alemana del “Derecho Privado Administrativo”, o, mejor, del “Derecho Privado de la Administración”, de acuerdo con cual la Administración sujeta al Derecho Privado, como en el caso de las empresas públicas, ha de observar los principios de proporcionalidad, confianza legítima o de no discriminación; respetar los derechos fundamentales; y aplicar analógicamente las reglas de procedimiento administrativo, como imparcialidad o transparencia. Véase E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª edición, 2004, p. 16, 284; del mismo “Quod as statum rei roma-

cuando no ejercieran potestad administrativa alguna, sino que en esencia entregaban bienes al mercado o prestaban servicios (telefonía, transporte, energía, correos y tantos otros). Es éste un camino que admite aún hoy no pocos avances<sup>59</sup>.

- b) *La aplicación de principios públicos a sujetos privados cuando realizan determinadas actividades (la vida pública de los sujetos privados)*

Un enfoque paralelo –pero dirigido no a la Administración sometida al Derecho Privado, sino a los actores no estatales– lo ha protagonizado, por ejemplo, la figura jurídica de la “entidad contratante” en el ámbito de la contratación pública en la Unión Europea, de acuerdo con la cual las empresas privadas que operan en los sectores regulados, en ciertos supuestos, deberán aplicar los principios que resultan de aquella legislación<sup>60</sup>. Esta es la perspectiva que aquí interesa.

nae spectat’. *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato* in *Diritto Amministrativo*, Anno XXV FASC. 4-2017, p. 633; U. Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht: zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

<sup>59</sup> Si atendemos a las entidades privadas controladas por la Administración (lo que podríamos denominar como “vida privada de la Administración pública”), ciertamente cabe profundizar en muchos aspectos. En efecto, la primera doctrina –la recogida en la nota anterior– se contrae a la proyección de los principios derivables de los derechos fundamentales sobre las empresas públicas, proyección ésta cubierta ya en muchos casos por la legislación (por ejemplo, en el caso de la prohibición de trato discriminatorio) o, en otros, en su caso, por la doctrina de la *Drittwirkung*. La segunda exigencia en realidad se reduce a la aplicación de los principios de la contratación pública a los poderes adjudicadores. Por tanto, es mucho lo que queda por construir más allá de los derechos fundamentales y de la contratación administrativa. De ahí que quepa postular la aplicación de otros muchos principios a la Administración sometida al Derecho Privado.

Por ejemplo, en el caso de una sociedad mercantil estatal, como AENA en España, que sea titular de los aeropuertos del país y responsable de su gestión, cabe esperar que sus reglas de juego *ad intra* (organización y proceso decisorio) no sean exclusivamente las de una sociedad anónima sin más, o las que se infieren del control que sobre ella ejerce, en razón del capital público mayoritario, el Ministerio correspondiente. Así, y a título de ejemplo, los miembros que se sientan en sus órganos de gobierno habrían de ser expertos en gestión aeroportuaria; los órganos de la sociedad deberán establecer a través de sus estatutos una organización más compleja que la propia de una sociedad anónima, a fin de poder atender las necesidades de interés general y canalizar los principios en juego, como transparencia y participación. Del mismo modo, sus decisiones debieran estar motivadas y justificarse en aras del interés general y de las necesidades del servicio, y no en el mero interés mercantil.

<sup>60</sup> Se invierte así el principio de la contratación directa, propio del Derecho Privado, y se exige la selección del contratista mediante publicidad y concurrencia. *Vid.* la

c) *Equivalentes funcionales entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado*

Una estrategia colaborativa muy diferente consiste en comparar la "equivalencia funcional" de las distintas categorías jurídicas de ambas ramas. Este método resulta particularmente útil en la política legislativa.<sup>61</sup> Así, por ejemplo, si se pretende asegurar el buen estado de los edificios y de las fachadas, el legislador podría elegir entre un sistema de inspección y sanción municipal o/y un régimen específico de responsabilidad civil.

3. El interés del Derecho Administrativo por la tierra de frontera compartida entre la esfera pública y la privada

Sea cual fuere la perspectiva, lo cierto es que el Derecho Administrativo ha de prestar mayor atención no sólo a lo que hacen las Administraciones en esa zona transfronteriza, sino también a *cómo se comportan y actúan los actores no estatales* que allí operan. Y ello al objeto de proyectar sobre éstos por analogía los principios públicos que rigen y presiden esas actividades cuando son las Administraciones las que se ocupan de ellas.

Con carácter general, cabe esbozar cuatro razones para justificar un estudio más sistemático y profundo de la divisoria público-privada y, en definitiva, de los puntos de conexión entre ambas ramas del Derecho. Y podrían sintetizarse como sigue:

a) *El Estado garante o el Estado facilitador*

En primer término, el Estado y la Administración han de actuar como garantes de un resultado<sup>62</sup>, esto es, el Estado se convierte en garante allí donde no es prestador, y ello tanto respecto de los servicios públicos, como de las actividades de regulación. Ha de notarse,

---

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

<sup>61</sup> Vid. W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (editors), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996; y más ampliamente M. Burgi, „Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungswissenschaft“ en *Zur Lage der Verwaltungswissenschaft*, (editor M. Burgi), Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 39-51.

<sup>62</sup> Por utilizar la expresión de la conocida y amplia doctrina alemana en la materia. Véase por todos E. Schmidt-Aßmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 104 y ss.

en efecto, que el Estado no puede desentenderse de la organización de la sociedad; el gobierno en ese sentido no es delegable, aunque muchos medios e instrumentos los confíe al sector medio. Cabe así hablar de un Estado garante o de un Estado facilitador<sup>63</sup>. A ello ha de añadirse, en íntima relación, que los fines y objetivos constitucionalmente atribuidos al Estado obligan a que éste supervise y actualice las medidas establecidas, puesto que su satisfacción no se alcanza de una vez por todas. No basta con dictar una ley. De ahí la necesidad de una continua revisión. Al Estado le incumbe una posición activa. De todo ello se infiere que el Derecho Administrativo, en colaboración con el Derecho Privado, no se puede desentender de la infraestructura jurídica necesaria para conseguir esos resultados.

b) *Una frontera en movimiento con consecuencias cambiantes*

En segundo lugar, la tierra de frontera compartida se encuentra a su vez en continuo movimiento. El reparto de funciones y responsabilidades entre el Estado y la sociedad no constituye una foto fija, sino que evoluciona en cada tiempo y lugar con suma velocidad. Ello trae como consecuencia que los poliédricos fenómenos de colaboración entre el Estado y la sociedad en los diversos sectores deban organizarse de modos muy distintos en cada caso, con modelos de gobierno o gobernanza igualmente diferentes y cambiantes en cada nivel. Estos movidos espacios requieren en paralelo de un trabajo constante tanto en el plano descriptivo como normativo.

c) *Interdependencia e intercambio de experiencias*

Tercero, el Derecho Administrativo constituye la rama del Derecho más experimentada en lo que hace a los servicios públicos y a las actividades de regulación. No en vano el Derecho Administrativo se ha ocupado desde sus

---

<sup>63</sup> Puede verse A. Voßkuhle, "Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State", en *The Public-Private Law Divide*, cit. p. 205; E. Schmidt-Aßmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 cit. p. 104. A nuestro juicio, sin embargo, y como se indica en el texto, esta construcción de Estado o Administración garantes de un resultado, de origen alemán, ha de hacerse extensiva no sólo a las prestaciones y servicios públicos, sino también a las actividades de regulación, cuando su realización se halla en manos privadas.

orígenes de la organización de la sociedad<sup>64</sup>, justamente a través de esos dos grandes ámbitos de actividades, entendidas desde luego en un sentido muy amplio. La participación del sector privado en su prestación no impide, antes al contrario, la colaboración del Derecho Administrativo.

d) *Principios equivalentes aplicables a todos los sujetos prestadores de servicios o proveedores de actividades de regulación*

Por último, esos principios podrán constituir de modo evolutivo un acervo en el que convergen el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, una suerte de principios comunes<sup>65</sup> de los servicios públicos y de las actividades de carácter regulador, que se nutren esencialmente, eso sí, de la cultura del Derecho Administrativo, aunque trasplantada, con las oportunas mutaciones en su caso, en el terreno del Derecho Privado. Esa comunidad de principios se asienta sobre dos factores: de un lado, el entrelazamiento de actores públicos y privados en estos campos, lo que obliga a que deban regirse, al margen de sus respectivas normas públicas o privadas, por principios coherentes y compatibles; y, de otro, la relevancia social y económica que para la entera sociedad presentan esas actividades y funciones que a los actores estatales se les atribuye o reconoce.

## V La tercera vía. La doble evaluación del parlamento

El planteamiento que aquí se hace pasa desde luego por superar la concepción de ambas ramas del Derecho como dos orillas de un río que nunca se tocan, que no colaboran. Y consiste en entender que, aun cuando una acción se sujete al Derecho Privado, éste podrá verse completado por principios administrativos, dotados de una fuerza transformadora. Se trata,

<sup>64</sup> Sabino Cassese, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014, p. 397. Javier Barnes, "El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la sociedad: desafíos y consecuencias para el siglo XXI", en *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1, Año 2016, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, pp. 41 y ss.

<sup>65</sup> No quiere aludirse con la expresión "principios comunes" a la idea, sostenida por algunos autores, de que una y otra rama del Derecho comparten iguales valores, tales como la dignidad, el respeto o la seguridad (en ese sentido, *vid.* D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999, p. 55), sino más bien a que se trata de principios "comúnmente" aplicables no sólo a las autoridades públicas, sino también a los actores no estatales.

en cierto modo, de una tercera vía en la dialéctica "privatización" versus "publificación", predicable de ciertas actividades. Veámoslo más despacio.

### 1. Publificación versus privatización

La denominada privatización (y otros movimientos equivalentes o asociados como la desregulación, la liberalización, o el *contracting-out*) se halla sujeta desde luego a límites y a relevantes condiciones. Es este un debate de sobra conocido que se ha producido a todos los niveles dentro y fuera de las fronteras nacionales, y que sigue aún hoy vivo. En particular, en relación con los servicios públicos y las actividades de regulación, no pocas obras doctrinales y discusiones parlamentarias han puesto de manifiesto que ciertas transferencias al sector privado puede atentar contra la esencia de los principios propios del Derecho Público. Aunque el debate se ha centrado en las últimas décadas en el paso del sector público al privado, no han faltado tampoco voces que apuestan por publicar algunas actividades que siempre han estado en manos privadas<sup>66</sup> (o que habían sido privatizadas). Sea como fuere, el planteamiento tradicional se resuelve en una tensión dialéctica o de rivalidad entre ambas ramas del Derecho.

### 2. La expansión de los principios públicos por la tierra de frontera con el Derecho Privado<sup>67</sup>.

No obstante, la relevancia de esa dialéctica, aquí se explora como se infiere de cuanto ha quedado dicho una tercera vía, de acuerdo con la cual ciertos principios administrativos son inherentes a la función, con independencia de que ésta sea desempeñada por actores públicos o privados. La cuestión consiste, en efecto, en entender los principios que subya-

<sup>66</sup> Como es el caso de las agencias de evaluación crediticia en el marco de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union doi:10.2874/370060, ISBN: 978-92-79-50590-4. Por otro lado, en el debate parlamentario, a título de ejemplo también, se ha considerado la posibilidad de crear agencias públicas. *Vid.* Debates en el Parlamento Europeo, miércoles, 22 April 2009, y el "Repport Gauzès on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies" (COM(2008)0704 – C6-0397/2008 – 2008/0217(COD) (disponible en: [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu)).

<sup>67</sup> Tomo prestada la expresión del conocido trabajo de Jody Freeman: 'Extending Public Law Norms Through Privatization', 116 *Harv. L. Rev.* 2002-2003. Téngase en cuenta que aquí se alude a una tierra de frontera, a una zona de intersección, no al territorio completo que ocupa el Derecho Privado.

cen a esas funciones, tradicionalmente desempeñadas por las autoridades públicas, como un apéndice o anexo inseparable de la actividad misma.<sup>68</sup>

### 3. Una doble función del legislador

La transposición de los principios públicos a esos actores no estatales representa una tarea de primordial importancia. De ella ha de ocuparse en primer término el parlamento<sup>69</sup>, en cuya acción cabría diseccionar a nuestro propósito dos momentos ideales. De un lado, al legislador democrático compete ponderar si una determinada actividad –de servicio público o de regulación– ha de gestionarse en mano pública o en mano privada. De otro lado, si opta por una gestión privada, le incumbe aún, y ello es importante notarlo porque con frecuencia ha pasado desapercibida, una doble valoración y que se puede expresar en los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los principios administrativos que habrían de serle de aplicación al sujeto privado en el sector o actividad de que se trate? Y ¿en qué modo y medida habrían de regularse tales principios en cada caso?

En suma: qué haya de considerarse en cada tiempo y lugar a estos efectos por actividad de servicio público y de regulación –en el amplio sentido en que aquí se utiliza–, es algo que corresponde determinar en primer término al legislador. No quiere ello decir, sin embargo, que éste sea enteramente libre en esa determinación, bien sea por los límites y mandatos constitucionales que resulten de aplicación, bien sea por la propia naturaleza de la actividad a la luz de los valores y principios de un ordenamiento dado. Por lo demás, la aportación de la jurisprudencia y de la doctrina en esa tarea de identificar tales actividades es de suma relevancia.

<sup>68</sup> La inalienabilidad de ciertos principios públicos evita frívolas o poco meditadas privatizaciones cuyo resultado no ha sido otro que la evasión de las garantías de los destinatarios y de los controles elementales del Derecho Administrativo sobre el sujeto prestador o regulador. Y ello porque su transferencia habría de ir acompañada inexorablemente de unos principios portadores de esas garantías y controles.

<sup>69</sup> Y ello por razones que van desde la legitimidad democrática de esa transferencia o remisión a la actividad privada (en particular, a la normación realizada por sujetos privados), pasando por la concreción de los principios de buena regulación, hasta por exigencias de los principios fundamentales, como el de igualdad y no discriminación respecto del acceso a los servicios públicos. Todo ello requiere la acción del legislador.

## VI. Una creciente expansión: del “derecho de la administración” al “derecho del administrar” (o de la acción materialmente administrativa)

### 1. El núcleo originario del Derecho Administrativo

El ejercicio de autoridad o *imperium* (de potestades administrativas o de poder ejecutivo, en una terminología variable) por parte de la Administración pública como sujeto ha constituido, y constituye, la unidad de medida del Derecho Administrativo desde sus orígenes. Representa el concepto o eje central del sistema. De ahí que se haya puesto el acento, en mayor o menor medida en virtud de las respectivas tradiciones jurídicas nacionales, en la delegación o atribución de potestades a la Administración, de un lado, y en el control judicial, de otro. Desde un planteamiento clásico europeo-continental, el Derecho Administrativo entra en escena esencialmente cuando concurren dos elementos: de un lado, si nos hallamos ante el sujeto “Administración pública” y, de otro, si su acción aparece revestida de poder. Las leyes de procedimiento administrativo representan un ejemplo elocuente en ese sentido.<sup>70</sup>

### 2. La expansión del Derecho Administrativo por la zona transfronteriza público-privada

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, el Derecho Administrativo ha experimentado un crecimiento cualitativo en este terreno, como se indicaba al inicio de este capítulo. Baste recordar, a título de recapitulación, tres pasos sucesivos:

#### a) *La vida pública de la Administración*

Como ha quedado dicho, el Derecho Administrativo es, y seguirá siendo, el Derecho de la Administración pública. Así y todo, esta concepción subjetiva (el ejercicio de poder por parte de la Administración pública) experimentará una doble expansión. La primera y más relevante a nuestros efectos se refiere a que el Derecho Administrativo resulta igualmente aplicable a los actores privados que ejercen funciones públicas en sentido estricto (potestades administrativas delegadas o atribuidas). En tal hipótesis, esos sujetos (llamados todavía

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, el art. 1.1 y 2 de la Ley española 39/2015. Más claro resulta el 1-bis. de la Ley italiana de procedimiento administrativo: “La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.” (vid. legge 241/1990).

en la antigua terminología “particulares”) habrán de sujetarse a las reglas jurídico-administrativas correspondientes, aun cuando no sean propiamente “Administraciones públicas”.<sup>71</sup> La segunda ampliación, aquí marginal, se produce hacia otros poderes públicos que no son Administración pero tienen Administración<sup>72</sup>.

#### b) *La vida privada de la Administración*

De otro lado, la lógica del Derecho Administrativo se ha extendido a la acción administrativa sujeta al Derecho Privado, a la que ya se ha aludido. Es en ese sentido el Derecho de la Administración “a secas”, pues aquí, podría decirse, cae el adjetivo de “pública” predicado de “Administración”, para sustituirlo en su caso por el de “privada”, ya que ésta no ejerce poder formal ni potestad alguna en la realización de actividades comerciales, industriales o de servicio público. Como se ha visto, la doctrina del Derecho Administrativo se adelantó a las leyes que prohibirían el trato discriminatorio o la vulneración del principio de proporcionalidad, cuando la Administración se “viste de civil”, y, a través de sociedad mercantiles u otras múltiples fórmulas instrumentales, actúa como un sujeto privado. Se introduce, junto al elemento subjetivo (una Administración sin ejercicio de autoridad), un elemento objetivo y funcional (la prestación de servicios públicos, la dación de bienes al mercado).

#### c) *La vida pública de los actores privados*

Como se ha abundado en las páginas precedentes, el Derecho Administrativo, en forma

de principios generales, se proyecta sobre las actividades de servicio público y de regulación, extensión ésta que no se produce en razón del ejercicio de funciones públicas o de potestades administrativas en sentido estricto (si así fuere, con mayor razón les serían de aplicación), sino por la relevancia e impacto de la actividad y su cercanía y compartición con los actores públicos.

Se trata entonces de un Derecho que se define, no por el sujeto, sino por la función que regula, con independencia de la naturaleza pública o privada del actor que la desempeña. Este estrato o círculo del Derecho Administrativo no es ya de carácter subjetivo. Y representa una respuesta ante la privatización y el creciente impacto de ciertas actividades que han estado tradicionalmente en mano privada. Por lo demás, posee también un carácter complementario del Derecho Privado, sin pretender su sustitución.

#### d) *La colaboración de ambas ramas del Derecho (y de los respectivos especialistas)*

La lógica del Derecho Administrativo avanza, pues, un paso más: primero, se extiende a los sujetos privados que ejercen funciones públicas en sentido estricto y actúan investidos de autoridad (*supra* a) y hacia los sujetos privados que actúan bajo la capa del Derecho Privado (*supra* b), para expandirse también hacia las indicadas actividades (*supra* c), aun cuando los actores privados no ejerzan funciones públicas, ni se les reconozca o atribuya potestad alguna.

A resultados de este breve recorrido a grandes trazos, pueden hacerse dos observaciones. La primera, y más obvia, es que el Derecho Administrativo y el Derecho Privado se han comportado como colaboradores, han sumado esfuerzos, sin exclusividades ni desplazamientos recíprocos. En el caso de la colaboración privada en funciones públicas, el sujeto privado se someterá a ciertos límites y requisitos extraídos del Derecho Administrativo cuando ejerza precisamente funciones públicas, pero sólo entonces<sup>73</sup>. En el supuesto

<sup>71</sup> Es este un complejo fenómeno que no ha hecho sino acrecentarse con el tiempo, y del que aquí no podemos dar cuenta. Baste notar que en parte resulta incardinable en el tradicional ejercicio de funciones públicas por particulares (así, en España o en Francia), o en la “Beleihung” alemana. Véase también S. Palmer, “Public functions and private services: A gap in human rights protection”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3-4, 1 July 2008, pp. 585-604.

A nivel supranacional son frecuentes las referencias a la aplicabilidad de las normas a los sujetos privados cuando ejercen funciones o potestades públicas. Por ejemplo, la Convención del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales dispone que por “autoridad pública” también se entienden ‘natural or legal persons insofar as they exercise administrative authority’. (art. 1, 2). En el mismo sentido, cabe citar el art. 2.2.b) del Convenio de Aarhus. El fundamento sigue siendo coherente, puesto que la aplicación de estas normas se produce en razón del ejercicio de autoridad.

<sup>72</sup> Nos referimos a las cuestiones de personal, patrimoniales y contractuales, entre otras, de poderes públicos que no son ni el Ejecutivo ni la Administración, tal y como sucede en España, por ejemplo, con las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial y otros.

<sup>73</sup> Por ejemplo, una entidad colaboradora de la Administración en el ejercicio de funciones públicas, como la inspección técnica de vehículos, cuando es desempeñada por una empresa privada, ha de actuar con independencia y conocimiento experto y especializado. Y para que pueda tener valor probatorio el acta de inspección que levanta el personal privado, habrá de realizarse con todas las garantías.

Aun cuando resulte difícil deslindar en tantos casos cuándo se ejerce una función pública o se colabora en su ejercicio con la Administración, lo cierto es que, a nuestros efectos, es claro que la entidad privada se rige en el grueso de su actividad por el Derecho Privado.

de las empresas públicas, aun cuando éstas no ejerzan autoridad, se les imponen ciertos límites o restricciones derivadas del Derecho Público en el entendimiento de que en el fondo es el Estado el que realiza actividades materialmente administrativas<sup>74</sup>, sujetándose al Derecho Privado en todo lo demás<sup>75</sup>. Por último, en la hipótesis de las actividades públicas del sujeto privado, se le exigen determinadas pautas de comportamiento, y no sólo límites puntuales, para que condicione su acción desde el Derecho Privado<sup>76</sup>.

Cabe hablar, en suma, de una cierta hibridación o mestizaje de ambas ramas del Derecho que convergen en un mismo sujeto o actor, sin que por ello éstas disuelvan sus respectivos fundamentos y conceptos de base. Se trata, en definitiva, de una complementariedad.

La segunda consideración consiste en advertir que el foco se ha puesto en el sujeto en esos tres casos: si ejerce o no funciones públicas o actividades materialmente administrativas; si la naturaleza del sujeto es pública o privada; y, en consecuencia, si le es de aplicación, según qué circunstancias, el Derecho Administrativo o el Derecho Privado.

A nuestro juicio, sin embargo, no basta con la indicada perspectiva subjetiva. Es necesario seguir el curso de la función en su plenitud e integridad, aunque atraviere, como sucede de ordinario, tramos sometidos al Derecho Administrativo o al Derecho Privado, y pase por actores públicos y privados. Ello entraña un estudio en colaboración, más allá de las especialidades que comportan las respectivas ramas

---

Por lo demás, ello no es obstáculo al hecho de que la ley pueda, y en realidad deba, establecer principios generales de actuación que impregnen toda la actividad del concesionario o autorizado, sometido al ordenamiento privado (vid. nota 36).

<sup>74</sup> Y así, aunque la ley no lo prohibiera, no podría incurrir en trato discriminatorio cuando presta el servicio de transporte urbano a través de una sociedad mercantil municipal; o, en el mismo ejemplo, no le está permitido adoptar medidas desproporcionadas frente a determinados incumplimientos del usuario del servicio.

<sup>75</sup> Ciertamente, pero ello queda fuera de nuestra consideración, si el ente instrumental de la Administración ejerciera alguna potestad administrativa, volveríamos entonces "a la casilla de salida", esto es, al núcleo originario del Derecho Administrativo, que sería de completa aplicación.

<sup>76</sup> Así, el establecimiento de estándares (técnicos, profesionales, medioambientales...), a través de organizaciones privadas, no es que esté vinculado a puntuales restricciones o prohibiciones (por ejemplo, de trato discriminatorio), sino que está entera y positivamente condicionado por principios transformadores, de modo que esa elaboración habrá de realizarse con consenso y representatividad del sector, de forma deliberativa, y con la suficiente motivación, por ejemplo.

del Derecho. A la interrelación de la divisoria público-privada, a esa zona de frontera, ha de seguirle un entrelazamiento colaborativo del Derecho Público y del Derecho Privado, lo que es tanto como decir un esfuerzo cooperativo de los respectivos especialistas. Desde la perspectiva de la tradición del *civil law*, tiene sentido mantener la división conceptual de ambas ramas, basada en la necesidad de la legitimación de la acción del poder público. Cuestión distinta es que temas de amplio espectro, como los que aquí se suscitan, merezcan un tratamiento integral entre la doctrina del Derecho Público y la del Derecho Privado, habida cuenta de que la perspectiva funcional que en estas zonas nuestro tiempo demanda se ha de establecer un puente de colaboración.

## VII. Una reflexión final: hacia una dimensión funcional

Los principios a que se ha hecho referencia poseen un efecto transformador y son, a nuestro juicio, inherentes a la actividad (de regulación y de servicio público). No son privativos, ni patrimonio exclusivo, del Derecho Público, aunque fueran desarrollados en su seno por evidentes razones históricas. Derivan, en última instancia, de la naturaleza propia de esas actividades, como ha quedado dicho.

### a) Una guerra de metáforas

La respuesta del Derecho Administrativo a los distintos fenómenos esbozados –colaboración en funciones públicas, creación de un sector público, privatización– ha mostrado una razonable adaptabilidad. Sin embargo, ésta ha sido en ocasiones escasa y tardía, y a ello no es ajeno que los mejores esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se hayan concentrado en la Administración como *potentior persona* –el núcleo originario de la disciplina–.

Si la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha dejado de ser una divisoria sin puentes ni contacto, y se ha convertido en una zona transfronteriza, en un espacio común –la vida pública–, cabe esperar que ambas disciplinas se ocupen conjuntamente de lo que ahí sucede. En primer lugar, para conocer y describir esa compleja realidad y, en segundo término, para fundamentar jurídicamente la aplicabilidad de ciertos principios que, aunque criados en el Derecho Público las más de las veces, han de ser incorporados en términos equivalentes, coherentes y compatibles a la acción de los sujetos privados que operan conforme al Derecho Privado.

En otras palabras, la imagen de las dos esferas –la que representan el Derecho Público y el Derecho Privado– acaso resulte insuficiente en lo que hace a los puntos de intersección y contacto que estas actividades de servicio público y de regulación representan. La metáfora de la “zona común” o “transfronteriza”, o de la “vida pública”, poblada y participada por autoridades públicas y actores privados, conformando un todo más amplio, parece más apropiada.

La vieja imagen de un universo legal habitado exclusivamente por el individuo y el Estado, cada uno con una función perfectamente definida, resulta claramente inadecuada. En su lugar se ha impuesto un universo mucho más complejo, en el que no sólo se encuentran el Estado y el individuo, sino también una variada gama de cuerpos intermedios y de organizaciones privadas que ejercen una enorme influencia en la vida social y económica<sup>77</sup>.

b) Consecuencias de la expansión de los principios públicos

La expansión de esos principios a ámbitos distintos a los originarios trae dos consecuencias inmediatas: una es que el Derecho Administrativo, en cuanto sistema de principios, complementa e impregna el Derecho Privado al que se someten los actores no estatales a que aquí se hace referencia; otra consiste en que el estrato o círculo del Derecho Administrativo que opera en esta zona de frontera presenta un claro perfil finalista o funcional, en detrimento de su tradicional dimensión subjetiva. Es la naturaleza de la actividad la que importa, no el actor. Este espacio público o zona transfronteriza, a nuestro juicio, sólo puede concebirse y disciplinarse adecuadamente desde una perspectiva funcional.

c) La regulación de la vida pública de los actores privados

Lo que a la postre importa es que el Derecho –sin adjetivos–, primero, regule esos espacios públicos y, segundo, que a todos los que los habitan se les apliquen unos principios, si no iguales, al menos equivalentes, coherentes y compatibles.

En este contexto, resulta indiferente que esos principios que gobiernan las relaciones entre el sector privado y sus destinatarios se incorporen formalmente al Derecho Privado, o se regulen por el contrario en normas secto-

riales o generales del Derecho Administrativo, o bien éstas tengan carácter supletorio de aquél. O, por último, que acaben por formar un sistema híbrido, como sucede con el Derecho Agrario. En términos jurídico-positivos, pues, lo decisivo es que esos espacios públicos reciban un adecuado tratamiento jurídico y que todo sujeto (prestador de servicios o partícipe de la cascada reguladora) que por ellas circule, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, se someta a esos principios equivalentes, y ello sin perjuicio del diferente punto de partida en el que se sitúan el Derecho Público (asimetría entre libertad y potestad, necesidad de legitimación) y el Derecho Privado (autonomía de la voluntad).

d) Cultura jurídica y ejemplaridad

Más allá de la fuerza jurídica que esos principios puedan irradiar en cada caso en las relaciones entre el sector privado prestador o regulador y el destinatario final, no ha de menospreciarse el “efecto docente” y cultural que este planteamiento es susceptible de desplegar.

Entre otros muchos ejemplos, es algo que ha de formar parte de la conciencia de la comunidad jurídica que un concesionario practique los principios de transparencia, imparcialidad y publicidad en sus relaciones con terceros en la misma forma en que lo haría la Administración<sup>78</sup>; que un prestador de servicios de certificación obre con conocimiento experto, neutralidad y motivadamente; que un sindicato y, en su defecto, una organización paralela, en virtud del principio de representatividad, deba representar también –en la concertación institucionalizada, consultiva o negociada– a los que buscan empleo y no sólo a los que lo tienen, en particular cuando el diálogo afecta al acceso al mercado laboral; o que un operador de telecomunicaciones deba ponderar y justificar sus decisiones ante terceros no sólo en términos de beneficio económico, sino de acceso universal, precio y calidad razonables.

Ciertamente, a ello contribuirá la ejemplaridad de las Administraciones tanto cuando actúan como autoridad pública en la realización de esas actividades, como, especialmente, cuando se sirven a tal efecto de sus entes instrumentales<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd Edition, 2007, p. 96.

<sup>78</sup> Así lo dispone el citado art. 1.3 de la Ley italiana de Procedimiento Administrativo (nota 36).

<sup>79</sup> El ejemplo antes referido de una sociedad mercantil, como AENA, S.A., puede ser ilustrativo (nota 59).

