LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. UNA REACCIÓN NECESARIA

JOSÉ ESTEVE PARDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES: 1. *La nueva correlación entre Estado y sociedad:* A) La evolución y los planteamientos convencionales sobre las relaciones entre Estado y sociedad. B) El creciente flujo y traslado de funciones del Estado a la sociedad. C) La dispersión del poder en una sociedad fragmentada sin perspectiva para la atención de los intereses generales. 2. *La reconfiguración del Estado en el entorno de esa nueva correlación. El Estado garante.*—III. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: 1. *La extensión del Derecho público como contrapartida a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio por el Estado.* 2. *La nueva impronta garantista de los intereses generales y la orientación horizontal del Derecho público en su proyección sobre relaciones entre particulares.* 3. *La superación de las concepciones subjetivas para definir y dimensionar el Derecho público. La constatación empírica en algunas experiencias significativas.*—IV. EL EJEMPLO DE UN SISTEMA EN EL NUEVO ENTORNO DE REFERENCIAS. EL MODELO DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE CONTENIDO ECONÓMICO: 1. *La evolución del sistema. El modelo originario de regulación vertical en monopolio. La similitud con el régimen concesional y de titularidad pública en Europa*. 2. *La pérdida en Europa de las posiciones de titularidad pública. Competencia y proyección horizontal.* 3. *La regulación como uno de los instrumentos característicos del Estado garante.* 4. *La extensión del Derecho público a las relaciones entre operadores privados.*—V. EXTENSIÓN OBJETIVA. LA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA.—VI. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA. LA ATRIBUCIÓN DE UN CIERTO ESTATUTO PÚBLICO A SUJETOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. LA EXPERIENCIA ALEMANA.

RESUMEN

En las dos últimas décadas se ha producido una nueva correlación en las relaciones entre Estado y sociedad. Muchas funciones que se tenían por características del Estado, situadas en su órbita y en la de las Administraciones Públicas, se han venido trasladando, de manera ya masiva, a particulares, a la sociedad en definitiva. El Estado que ha perdido así la titularidad sobre funciones y medios debe ahora recomponer su protagonismo reiventándose como Estado garante para garantizar la protección de los intereses generales. Un movimiento necesario —o reacción ante la pérdida de protagonismo gestor— será la extensión del Derecho público en el ámbito privado, a toda una serie de relaciones entre particulares. Disponemos ya de experiencias y líneas de proyección del Derecho administrativo que se analizan en el artículo.

Palabras clave: Derecho administrativo; privatización; interés general; regulación.

ABSTRACT

In the last two decades a new relationship between State and civil socitety can be observed. Many public activities and public functions have been transfered in a massive way to private, to the civil society. State and Public Administrations have lost the comand over relevant tools and instruments but they must perform and protect public interest. As a logical and necessary reaction, the extension of public law offers just now very interesting experiences and lines of development in the future.

Key words: Administrative Law; general interest; privatization; regulation.

I. Planteamiento

La extensión del Derecho público, también por supuesto del Derecho administrativo, más allá de la órbita subjetiva del Estado y de las Administraciones Públicas, es un fenómeno de gran calado, tanto por lo que representa como por lo que presagia. Pero lo cierto es que, por el momento, esta orientación del Derecho público —del Derecho en general pues supone, como trataré de explicar, una recomposición del orden jurídico en su conjunto— no ha sido registrada con la atención que merece, sea porque todavía no se le reconoce suficiente entidad o porque semejante movimiento contraviene principios y postulados firmemente establecidos con todo lo que eso incomoda.

Que se trata de una novedad de gran calado y relevancia lo prueba ya la propia entidad de las transformaciones que la suscitan e impulsan. Unas transformaciones en verdad estructurales que afectan a los más profundos estratos del Derecho y de las que aquí sólo pueden darse sumaria cuenta de algunas.

II. Las transformaciones estructurales

Sólo podemos reparar aquí en dos de ellas: la primera, la que tengo por la transformación más profunda y trascendente que es la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad; la segunda, que se deriva de la anterior, la nueva orientación que adopta un Estado que, explícitamente o no, tiende a configurarse —a reiventarse, si se quiere hablar así— como un Estado garante ante la pérdida de posiciones e instrumentos de dominio[1].

1. *La nueva correlación entre Estado y sociedad*

A) *La evolución y los planteamientos convencionales sobre las relaciones entre Estado y sociedad*

Estado y sociedad civil tomaron conciencia de su respectiva identidad en su recíproco contraste. Así, la llamada sociedad civil[2] se recono-

[1] Estas transformaciones las analizo con mucho mayor detenimiento, desde sus antecedentes históricos hasta sus derivaciones actuales, en mi libro *En el trasfondo de la crisis. La nueva correlación entre el Estado y la sociedad civil*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013.

[2] En la extensa bibliografía sobre la evolución y autocomprensión de la llamada sociedad civil puede destacarse la obra de J. Cohen/A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Verso, Lon-

ció —se autocomprendió, por usar un término filosófico— como tal, con su propia dinámica en torno al mercado y la actividad económica, frente al Estado, con capacidad de desenvolverse autónomamente, como destacaron Adam Smith y los fisiócratas[3]. La primera correlación entre estas dos realidades a lo largo de todo el siglo XIX es en términos de la estricta separación que caracterizará al Estado liberal y que dejará en el Derecho público que entonces se gesta, y perdura todavía en muchos aspectos, un dualismo muy característico: principio democrático y principio monárquico; ley y potestad reglamentaria; relaciones generales y relaciones especiales de sujeción, según se adscriban a la sociedad los primeros, al Estado los segundos.

Entrado el siglo XX, el Estado se abre a la sociedad, que le ofrece su plena legitimidad democrática y le faculta para intervenir ampliamente sobre ella en cumplimiento de los mandatos para garantizar los derechos sociales y la actividad prestacional que imponen las Constituciones de Estados europeas aprobadas en el tramo central de ese siglo. El modelo de Estado social que así se instala postula una constante y difusa interrelación, una supuesta integración, entre Estado y sociedad. Entidades que hasta entonces se adscribían a la sociedad y separadas por ende del Estado, como eran los municipios[4], adquieren entonces su carácter y dimensión de Administraciones Públicas y se integran en la estructura del Estado[5].

---

dres, 1992. En un formato más breve puede mencionarse a Michael WALZER, «Civil Society and the State», en *Politics and Passion,* Yale University Press, New Haven, 2004. De particular interés, por la proyección filosófica que estas relaciones han suscitado, sobre todo a partir de Hegel, es el ensayo de Charles TAYLOR «Invocar la sociedad civil», en su libro recopilatorio, *Argumentos filosóficos* Paidós, Barcelona, 1997.

[3] Entre los autores fisiócratas que más destacan y desarrollan la idea de la autonomía de la sociedad civil frente al Estado cabe destacar a DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE, por su obra *L'ordre natural et essential des societés politiques,* y LE TROSNE, autor de *L'intéret social,* que se publica en 1777. La relevancia de estos doctrinarios en el tema que nos ocupa ha sido destacada por Pedro de Vega al afirmar que «fueron los fisiócratas (DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE, etc.) quienes consagraron, como es bien notorio, la separación entre Estado y sociedad, sobre la que descansa toda la construcción liberal», *Derecho y economía en el Estado social*, J. CORCUERA ATIENZA/M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), Tecnos, Madrid, 1988, pág. 123.

[4] Sobre ello ha insistido recientemente Alejandro NIETO: «los Ayuntamientos eran corporaciones naturales de carácter social, no estatal, de tal manera que su autonomía originaria era esencial y las inevitables intervenciones de la Administración, más o menos intensas, se realizaban "desde fuera" enmarcadas en la relación dialéctica Estado-Sociedad», *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil*, Ariel, Barcelona, 2011.

[5] Una integración, que al hacer desaparecer las fronteras, produjo no pocas confusiones y abusos, certeramente denunciados con ese trasfondo por A. SANTAMARÍA PASTOR, «No cabe ocultarse que este fenómeno extensivo puede encubrir, además, intereses cuando menos discutibles: no son excepcionales los casos de entidades originariamente privadas que van provocando la acentuación progresiva de sus caracteres públicos hasta instalarse en un cómodo terreno de nadie que asegura determinados privilegios o monopolios y en el que a cambio de una más o menos vigorosa calificación pública, se garantiza una libertad de funcionamiento con arreglo al Derecho privado. En este orden de cosas, pues, no está de más recordar la necesidad de restaurar de algún modo la tradicional línea divisoria entre Estado y sociedad, que no por decimonóni-

Este orden de cosas, en el que todavía seguiríamos instalados según nos dan a entender las referencias constitucionales y las exposiciones más extendidas y convencionales, se ha venido resquebrajando en las tres últimas décadas al reabrirse la supuesta integración entre Estado y sociedad[6]. Podían advertirse ya unos primeros indicios en algunas reformas o reformulaciones de ciertas instituciones, como la que pretendía recuperar las raíces sociales de los municipios y otros entes locales con la afirmación de su autonomía, que se concibe como una garantía institucional frente a posibles injerencias estatales; o la creación de las llamadas Administraciones independientes, mejor llamadas a nuestros efectos Administraciones neutrales puesto que vienen a ocupar una posición pretendidamente equidistante entre el Estado, las instancias gubernamentales, y la sociedad, o los operadores o agentes sociales con más fuerza en el sector de que se trate.

B) *El creciente flujo y traslado de funciones del Estado a la sociedad*

Pero esa correlación se recompone, se altera, más profundamente en las dos últimas décadas cuando se va configurando una nueva correlación entre Estado y sociedad con un trasvase a la sociedad de funciones que, hasta tiempos recientes, eran muy características del Estado. En todos los grandes capítulos del Derecho administrativo se advierte ese flujo de cometidos y funciones al sector privado, a la sociedad, y que se manifiesta sobre todo en lo que genéricamente se conoce como la actividad de la Administración que está girando para ser actividad de sujetos privados, lo que no necesariamente comporta la desaparición de la Administración de esos espacios, pero sí la recomposición de su posición y de sus estrategias. Esa evolución se ha percibido y descrito muy claramente en lo que es la tradicional actividad administrativa de prestación o servicio público donde la Administración pierde sus posiciones tradicionales de titularidad sobre unos servicios que ahora se entregan al mercado, a la libre competencia —aunque por lo general se trata de sectores con limitaciones congénitas al desarrollo de la competencia plena, particularmente los conformados en red o los que necesitan de infraestructuras, limitadas

---

ca debe condenarse de antemano. El que tal línea divisoria no tenga la nitidez de antaño no supone un imperativo en orden a hacerla desaparecer total y definitivamente» en «Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar», *Documentación Administrativa*, núm., 215, pág. 83.

[6] Sobre la recuperación de la distinción entre Estado y sociedad destacan varios trabajos del profesor E.-W. Böckenförde, ya en la década de los setenta del pasado siglo; el más accesible y clarificador: «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Geseellshaft im demokratischen Sozialstaat del Gegenwart», recogido en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976, págs. 185 y ss.

también por naturaleza—, pero gana una nueva posición en la que se reinventa como Administración o Autoridad reguladora alumbrando un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de regulación, precisamente[7].

Un fenómeno similar se produce en un capítulo de la actividad administrativa donde el protagonismo de la Administración está mucho más arraigado en el tiempo, hasta el punto de considerarlo indiscutible: el de la policía administrativa. El flujo de funciones y cometidos hacia sujetos privados, impulsado sobre todo por la complejidad tecnológica y sus exigencias de conocimiento experto, ya no puede desconocerse, pues se desarrolla en paralelo a importantes desplazamientos conceptuales —los tradicionales de peligro y orden público por los de riesgo y riesgo permitido— que conducen a la gestación de un nuevo tipo de actividad administrativa de regulación y gestión de riesgos.

Más recientemente otro flujo se abre cuando en muchos sectores económicos y de servicios desaparece el control o la intervención administrativa previa, que es desplazada por un régimen de simple comunicación que traslada al promotor la tutela de la actividad que pretende desarrollar, tutela que no encontrará ya en la Administración sino en los sujetos y expedientes de Derecho privado a los que quiera acogerse.

Este traslado, ya masivo, a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración es una muestra y consecuencia de la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre Estado y sociedad debidas a transformaciones muy relevantes que no se producen y en el Estado o en las Administraciones Públicas, sino en la sociedad. La supuesta posición pasiva de la sociedad bajo la intervención transformadora del Estado no se corresponde ya con la realidad de una sociedad muy reforzada, organizada a través de rigurosos procesos de autorregulación, que se está apropiando de espacios que estaban bajo la regulación estatal. La creciente complejidad —tecnológica, económica, social—, la globalización, la autorregulación de los mercados, la formación de sistemas sociales expertos o especializados llamados sistemas autorreferenciales; estos y otros factores muy diversos han contribuido al fortalecimiento de la sociedad que ha dejado su supuesta situación pasiva receptora de la acción prestadora y conformadora del Estado para mostrarse muy activa y poderosa. Lo que genéricamente podemos dar en llamar el poder se encuentra ya extramuros de un Estado que en su momento se gestó con la pretensión de monopolizarlo. Basta reparar en dos realidades: está fuera del Estado el poder económico y fi-

[7] Sobre ello se abunda en diversos estudios de la obra colectiva *Fundamentos e instituciones de la regulación*, S. Muñoz Machado/J. Esteve Pardo (dirs.), Iustel, Madrid, 2010.

nanciero, una realidad que la crisis económica ha mostrado con toda crudeza al gran público; pero, menos conocida y posiblemente más relevante, es que también está fuera, desde no hace mucho tiempo ciertamente, el conocimiento científico y técnico, o la más decisiva capacidad de investigación científic[8].

Pero no es sólo la relativamente novedosa localización del poder en la sociedad. Lo relevante es el desarrollo mucho mas reciente de fórmulas de regulación y gestión de esos poderes por la propia sociedad a través de expedientes y fórmulas muy variadas de autorregulación.

Así, por conectar con la primera realidad que tomaba como ejemplo, el gran público ha podido comprobar, con cierto escándalo debido al general desconocimiento de anteriores experiencias, el funcionamiento de fórmulas de autorregulación declarativa en el sector financiero y crediticio, como son las declaraciones de las agencias de *rating* a las que se atienen, por haberlo convenido así mediante expedientes autorregulatorios, las entidades financieras. De ese modo estas agencias privadas adquieren un poder extraordinario que la opinión pública comprueba cuando sus declaraciones afectan de lleno, hasta conmocionarlos en muchos casos, a los poderosos Estados soberanos y sus gobernantes. El anterior Presidente de la República de Francia —la France, altiva y mítica—, podrá siempre tener la duda sobre el resultado de las elecciones que lo derribaron si una de estas oficinas privadas no le hubiera retirado a su Estado la triple A como calificación crediticia.

En el otro frente que considerábamos, el conocimiento científico y técnico está siendo regulado y gestionado por sus detentadores principales que se localizan extramuros del Estado, en la sociedad. La autorregulación tiene aquí también manifestaciones muy diversas, desde la autorregulación normativa —normas técnicas, protocolos de actuación, *lex artis*, etc.—, hasta la autorregulación declarativa como la que se plasma en acreditaciones o certificaciones de carácter técnico emitidas por sujetos privados o las declaraciones de comités científicos.

C) *La dispersión del poder en una sociedad fragmentada sin perspectiva para la atención de los intereses generales*

Pero ese extraordinario desarrollo y reforzamiento de la sociedad no ha sido armónico. Se ha producido una fragmentación de la sociedad, carente de un eje articulador, de un centro, según la certera apreciación de

[8] Algo que he tratado de poner de manifiesto, destacando los aspectos más críticos, en *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2.ª ed., 2013.

los que la describen como una sociedad policéntrica[9]. Se reconoce así el acierto del diagnóstico de la teoría de los sistemas según la cual se ha producido una segmentación de la sociedad en sistemas autorreferenciales en torno a centros de interés específicos —los mercados, a su vez especializados, las tecnologías, las artes, los medios de comunicación, etc.— que se dotan de sus propias referencias conceptuales, normativas, declarativas mediante procesos de autorregulación[10]. También, en esa misma línea, se constata hoy una especie de retorno de la sociedad a las comunidades, desandándose de algún modo la evolución que trazara Ferdinand TÖNNIES de las comunidades hacia la sociedad en los inicios de la sociología moderna[11]. Otros análisis vienen a constatar la disolución misma de la noción de sociedad y las categorías sociales, tan importantes hasta tiempos recientes[12].

Esa sociedad fragmentada, pluricéntrica, que se dispersa en centros de interés singularizados y parciales, carece de la necesaria perspectiva para definir y tutelar los intereses generales, que sobrepasan y trascienden los intereses singulares de cada sistema para moverse en otras dimensiones[13]. Una sociedad que, tal como está estructurada y dejada a

---

[9] La expresión es de H. WILKE en su importante obra *Ironie des Staates (Grundlinien einer Staatstheoriepolyzentrischer Gesellschaft),* Shurkamp, Frankfurt an Main, 1996.

[10] La teoría de sistemas, ya muy conocida, se debe a N. LUHMANN que se inspira en las aportaciones de los biólogos Humberto Maturana y F. J. Varela que aplican a su vez métodos cibernéticos a la biología para esclarecer las formaciones y relaciones de los seres vivos.

[11] Una evolución que conducía de las comunidades, de lejano origen tribal, a la sociedad articulada en los términos de Adam Smith: «La sociedad —afirma TÖNNIES— agregada cohesionada por convención y por derecho natural, se concibe como una multitud de individuos naturales y artificiales, cuyas voluntades y esferas forman numerosas uniones entre sí y en sus relaciones, a pesar de lo cual se mantienen entre sí independientes y sin inmiscuirse mutuamente en su interior. Y ahí tenemos la descripción general de la "sociedad civil" o "sociedad de cambio", cuya naturaleza y movimientos se afana en conocer la economía política: estado en que, según expresión de Adam Smith, "todos son comerciantes"». F. TÖNNIES, *Comunidad y sociedad*, Losada, Buenos Aires, 1947 pág. 79. Otra edición reciente en castellano es la de A. GURRUTXAGA, con traducción de J. F. IVARS, con el título *Comunidad y asociación (El comunismo y el socialismo como formas de vida social),* Ed. Biblioteca Nueva/Minerva, Madrid, 2011.

[12] Así lo destaca el sociólogo Alain TOURAINE en su libro *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona, 2005, cuando recuerda que en torno al paradigma económico y social giraban categorías y referencias hasta ahora fundamentales: clases sociales y riqueza, burguesía y proletariado, desigualdades y redistribución, estratificación y movilidad social (*op. cit.,* pág. 13). Ahora la globalización como forma extrema del capitalismo separa por completo la economía de las instituciones sociales y políticas a las que estaba conectada desde su propia gestación. Esta disolución de fronteras de todo tipo acarrea la fragmentación de lo que se llamaba sociedad (*op. cit*., pág. 257). TOURAINE es otro de los autores que destaca la actualidad de la obra de TÖNNIES al invertirse la evolución que este último percibió y que culminaba en la formación de la moderna sociedad. Hoy esa sociedad parece descomponerse y retornar a las comunidades; las comunidades de ahora que vendrían a ser los sistemas autorreferenciales o categorías similares. En la misma línea A. GARRAPON en su obra *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, París, 2010.

[13] Sobre el concepto de interés actual y su significación actual resulta de gran interés el informe o estudio del Conseil d´État francés, *L´intérêt général*, en la serie Études et documents du Conseil d'État, París, 1999.

sus propios impulsos, es incapaz de orientarse a la búsqueda y protección del bien común, un concepto elaborado por la escolástica y que recupera su actualidad, sobre todo al destacar que el bien común no es la suma de los bienes particulares, lo que trasladado a la realidad y categorías actuales descalifica como bien común la superposición y suma de los intereses de los diferentes sistemas y subsistemas.

Es un hecho, tan cierto como relevante, que muchas funciones y cometidos del Estado fluyen hacia una sociedad en la que se encuentra hoy el conocimiento científico, los medios técnicos, los capitales económicos, o la eficacia gestora[14], pero esa sociedad es incapaz de mantener la perspectiva de los intereses generales y ofrecer una racionalidad alternativa a la del Estado[15].

2. *La reconfiguración del Estado en el entorno de esa nueva correlación. El Estado garante*

En esta encrucijada, en esta nueva correlación entre Estado y sociedad, se plantea la segunda transformación de calado en la que aquí se repara: la reconfiguración del Estado, de sus funciones principales y de la posición que adopta ante la sociedad. Sin duda la elaboración más ilustrativa es la que lo concibe y presenta como el Estado garante.

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

---

[14] De esa realidad da cuenta muy certeramente G. FERNÁNDEZ FARRERES: «mientras que la Administración del siglo XIX y primera mitad del XX desempeñó un papel decisivo en el progreso de una sociedad muy limitada en sus capacidades técnicas y económicas —de ahí, por ejemplo, el notable desarrollo de una Administración fuertemente intervencionista y prestacional—, en la actualidad esta situación se ha invertido. Una sociedad más fuerte y con más capacidad profesional, técnica y económica, ha relegado a una posición secundaria a las Administraciones Públicas, cuyas funciones necesariamente deben reajustarse para adecuarse al nuevo escenario», «La Administración Pública y las reglas de la externalización», en *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Bononia University Press, Bolonia, 2007.

[15] Por reparar en una de las últimas entregas en ese flujo de cometidos desde el Estado a la sociedad, como es la supresión de la autorización administrativa en toda una serie de actividades y servicios, se advierte bien a las claras que no es una estructura social alternativa la que regulará la posible conflictividad, y responsabilidad en su caso, de estas actividades. No. Habrá de ser el promotor de cada actividad el que se busque su propia cobertura, previsiblemente en una compañía de seguros o una entidad privada de acreditación. No hay una regulación o racionalidad social alternativa a la del Estado. Cada cual ha de buscarse sus soluciones.

El debate fue intenso y temprano en Alemania, por dos razones sobre todo: una es la arraigada tradición, con todo su trasfondo histórico y filosófico, del Estado social; otra, la percepción a finales del siglo XX de los elevados costes en que incurría el Estado y las Administraciones Públicas en sus actividades de prestación cuando se hace ostensible la pujanza de los particulares en el ejercicio de funciones públicas o las fórmulas de colaboración público-privado[16].

La revisión en Alemania del modelo de Estado apuntó, sobre todo en foros políticos, hacia soluciones un tanto simples y primarias: la reducción, el adelgazamiento del Estado, el Estado mínimo[17]. Un Estado que gaste y cueste menos. Pero en foros doctrinales y académicos se trató de rebasar esta dimensión meramente cuantitativa, atenta exclusivamente al coste, con el objetivo de otorgar al Estado una nueva función en la que justificarse y adquirir así una nueva identidad. Se repara entonces en que por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.— el Estado no puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas.

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios[18].

La privatización de medios, instrumentos, de funciones como más recientemente se han producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El Estado garante tiene así como reto mantener los fines sin disponer de los medios materiales de gestión y prestación[19].

---

[16] *Vid.* al respecto M. DARNACULLETA/M.TARRÉS, «Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe "Schlanker Staat"», *Revista Autonomías*, núm. 26, 2000, págs. 335 y ss.

[17] Sobre la reacción del Estado garante ante los proyectos reductores, hasta llegar al Estado mínimo, T. VESTING, «Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellsachaft*, Munich, 2000, pags. 111 y ss.

[18] C. FRANZIUS, «Der "Gewährleistungstaat" ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», en *Der Staat,* núm . 42, 2003, págs. 493 y ss.

[19] Sobre ello me permito la remisión al texto de mi ponencia «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Publicaciones de la Asociación Española deProfesores de Derecho Administrativo*, vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 79 y ss.

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

III. La extensión del Derecho público

1. *La extensión del Derecho público como contrapartida a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio por el Estado*

Las dos transformaciones estructurales en las que reparamos nos conducen al objeto central de nuestro análisis, la extensión del Derecho público. La transformación de mayor calado, verdaderamente estructural, es la nueva correlación entre Estado y sociedad, y esa transformación conduce a la reconfiguración del Estado, que podrá llamarse Estado garante —una denominación ilustrativa— o como se quiera[20], pero que inexorablemente viene caracterizada por la pérdida de su protagonismo gestor, prestador, en muchos frentes. Su función principal, y las de las Administraciones Públicas dominantes en estos sectores por su protagonismo gestor o las posiciones de titularidad que detentaban, habrá de ser entonces la de garantizar toda una serie de derechos, destacadamente derechos sociales, y prestaciones que la Constitución impone pero sin exigir que sea el Estado o las Administraciones las que las presten directa o indirectamente.

[20] Otra denominación que se extiende —con bastante aceptación en la órbita italiana— es la del Estado regulador, que en muchos aspectos se considera equivalente a la del Estado garante como tendremos ocasión de comprobar. *Vid.* al respecto A. La Spina/G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bolonia, 2000. Como no podía ser de otro modo, estos autores no dejan de destacar que este nuevo modelo de Estado se debe a una nueva correlación entre Estado y sociedad, y a la pérdida por el Estado de buena parte de las posiciones de titularidad en las que tradicionalmente se han venido fundando sus poderes («storicamente la propietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione economica in Europa», cit. pág. 17). La equivalencia material de estas denominaciones es confirmada por A. Vosskuhle, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (eds.), Beck Verlag, Munich, 2006, págs. 1 y ss.

Este repliegue del Estado, que abandona posiciones subjetivas de titularidad y gestión, habría de verse entonces contrapesado por la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, garantizador de los intereses generales más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones, más allá del Estado. Si el poder, y con él las relaciones de poder, se encuentran extramuros del Estado, también habrá de aplicarse allí, en las afueras del Estado, el Derecho que se gestó en torno suyo para regular y equilibrar las relaciones de poder, protegiendo y garantizando los derechos e intereses de los particulares frente a los poderes públicos y protegiendo también los intereses públicos en juego.

2. *La nueva impronta garantista de los intereses generales y la orientación horizontal del Derecho público en su proyección sobre relaciones entre particulares*

De lo dicho hasta ahora, se concluye que ese Derecho público aplicado más allá de las Administraciones Públicas, habría de tener una distinta impronta garantista y articularse en torno a otro eje.

La nueva impronta garantista se debe a que con esta extensión del Derecho público no se trata ya de garantizar derechos e intereses particulares frente a sujetos públicos, ordinariamente Administraciones, dotados con poderes exorbitantes para la protección de los intereses generales. El garantismo de nuevo cuño se endereza ahora a garantizar la atención y tutela de los intereses generales frente a sujetos privados que ostentan situaciones de poder por ejercer funciones públicas u operar como prestadores de servicios de interés general[21].

Con el cambio de eje, por utilizar términos sencillos y gráficos, se alude a la orientación horizontal que registra esta extensión del Derecho público al proyectarse sobre relaciones entre sujetos privados. Un eje distinto al tradicional y característico eje vertical que articulaba, y sigue articulando por supuesto, las relaciones entre sujetos públicos en

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

una posición supraordenada, y dotados de potestades, con sujetos privados. En cualquier caso, el nuevo eje horizontal que se abre conecta relaciones entre sujetos privados que en muchos casos no están en situación de igualdad, al ostentar uno de ellos una posición de poder o dominio. Ello es lo que justifica precisamente la aplicación del Derecho público, del Derecho administrativo, por ser el más adecuado para la regulación de las relaciones de poder y con el poder, pues es en esa tensión en donde se ha forjado y desarrollado. En otros casos, aunque se advierta una igualdad en las posiciones, será el objeto de la relación el que por su relevancia para los intereses generales justificará la aplicación del Derecho público[22].

3. *La superación de las concepciones subjetivas para definir y dimensionar el Derecho público. La constatación empírica en algunas experiencias significativas*

El Derecho público aplicado a relaciones entre particulares, sin presencia subjetiva alguna de una Administración o sujeto público, abre sin duda una grieta anchurosa en ciertas concepciones dogmáticas firmemente asentadas. Se trata de las concepciones subjetivas que hacen de la presencia de un sujeto público condición necesaria para la aplicación del Derecho público. Particularmente destacada por sus pretensiones sistematizadoras y la autoridad e influencia de su principal expositor, resulta la conocida concepción estatutaria del Derecho administrativo que lo comprende como un Derecho estamental, propio de una categoría de sujetos, las Administraciones Publicas, precisamente[23]. Según esta doctrina no sería de aplicación el Derecho administrativo más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones.

En los tiempos recientes el dominio de la complejidad ha puesto en cuestión este tipo de concepciones categóricas, pretendidamente sin fisuras que, por lo demás, fueron elaboradas en ámbitos estrictamente académicos para dar respuesta a específicas exigencias que en ellos se planteaban, como la determinación del objeto propio y característico de

---

[22] El modelo de regulación de servicios económicos de interés general, al que me refiero más adelante, nos muestra bien a las claras estos dos tipos de relaciones que reclaman la aplicación del Derecho público. Una es la que se da entre operadores privados —pero en una situación incuestionable de poder como prestadores de servicios esenciales— y usuarios. Otra, la que se entabla entre operadores pero que puede recaer sobre objetos y materias de incuestionable interés público.

[23] E. García de Enterría, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 10, 1960, págs. 317 y ss.

las diferentes disciplinas y asignaturas, áreas de conocimiento, de los estudios universitarios[24]. La realidad con toda su riqueza y complejidad ha venido cuarteando estas y otras doctrinas.

La misma legislación administrativa básica ha horadado estas concepciones cerradamente subjetivas, tal como hace, por ejemplo, la legislación de contratos del sector público que prevé su aplicación a relaciones contractuales en las que no está presente Administración Pública alguna. Y es que son otros los criterios, variables y contingentes según los sectores, que marcan el radio del Derecho administrativo, como es en la contratación el empleo de fondos públicos al establecerlo así las Directivas de la Unión Europea, que perfectamente podrían decantarse por otros criterios.

Pero con mucha más fuerza que las concretas determinaciones legales, la propia realidad del traslado de funciones públicas a sujetos privados, funciones que ya no son en muchos casos de mera gestión sino que comportan plenas capacidades decisorias, rebasa por completo los contornos de las concepciones subjetivas o estatutarias que circunscriben la aplicación del Derecho administrativo a las actividades y relaciones protagonizadas por las Administraciones Públicas. En el fondo, esas concepciones se apoyaban y encontraban su sentido en el paradigma de una correlación entre Estado y sociedad que hacía del Estado el eje y centro del poder público, de ahí la adscripción de aquellas a la estructura subjetiva del Estado y su aparato administrativo. Pero al alterarse y recomponerse esa correlación con el nuevo protagonismo de la sociedad en la detentación y ejercicio del poder público, en buena medida ganado al Estado, estas concepciones pierden su entorno conceptual y su paradigma de referencia[25].

---

[24] Por supuesto que estas caracterizaciones rebasaban también el ámbito académico y tenían repercusiones prácticas como la determinación de la jurisdicción competente.

[25] Así lo han percibido los estudios más profundos en sectores de vanguardia y, por ello mismo, muy reveladores. Así la monografía de J. A. CARRILLO DONAIRE —que analiza de manera rigurosa un sector dominado por una complejidad técnica que desborda el conocimiento medio de las Administraciones lo que motiva el traslado a particulares, a la sociedad, de funciones públicas—, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000, «creemos que la trascendencia actual de la categoría —se refiere el autor a la de particulares que ejercen funciones públicas— está íntimamente ligada a la cuestión de los límites de aplicación del Derecho administrativo en la constante redefinición de las relaciones Estado-sociedad y al debate sobre el concepto mismo de la disciplina», pág. 551. No procede desde luego terciar aquí en ese debate académico sobre el concepto de la disciplina, pero sí conviene significar que este mismo autor aportaba ya otros testimonios doctrinales que postulaban la extensión del Derecho administrativo al ejercicio por particulares de funciones públicas (así, F. LÓPEZ MENUDO, «El Derecho administrativo como Derecho "especial"y "excepcional" de algunos entes públicos», en AA.VV., *La Administración Institucional*, vol. I, págs. 543 y ss.) o la necesidad de separar la caracterización de la actividad administrativa del sujeto que la realiza «con la consiguiente quiebra de la concepción estatutaria (así, J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1993).

En cualquier caso, el mejor modo de corroborar la extensión del Derecho público extramuros del Estado, del Derecho administrativo más allá de las Administraciones Públicas —y la consiguiente crisis de las concepciones subjetivas, aunque esto sea una cuestión relativamente menor, de tono doctrinal— es dar cuenta empírica de las realizaciones que en esa línea puedan constatarse.

Y lo cierto es que esta proyección del Derecho público está cristalizando en realizaciones de entidad que muestran por lo demás una clara vocación expansiva. Analizaremos aquí tres experiencias significativas de esa extensión del Derecho público en espacios y relaciones donde no se da la presencia de un sujeto público.

La primera se localiza en la regulación de servicios económicos de interés general que en sí misma constituye un sistema —autorreferencial, bien podríamos decir— revelador de las transformaciones que aquí se han destacado. Las otras son las dos grandes vías que, por pura lógica, se abren a la expansión del Derecho público: la objetiva, que comporta la aplicación de ciertas normas y principios de Derecho público a determinadas relaciones entre sujetos inequívocamente privados; y la subjetiva, en el sentido de reconocer que sujetos privados ejercen ordinariamente genuinas funciones públicas con facultades decisorias, lo que requiere dotar a estos sujetos, sin desnaturalizarlos, de un cierto estatuto propio del Derecho público.

IV. El ejemplo de un sistema en el nuevo entorno de referencias. El modelo de regulación de servicios de contenido económico

1. *La evolución del sistema. El modelo originario de regulación vertical en monopolio. La similitud con el régimen concesional y de titularidad pública en Europa*

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

Es necesario diferenciar dos modelos de regulación económica de las *public utilities* que se suceden en el tiempo[26]. En realidad es el modelo que se instaura más recientemente, en la última década del pasado siglo XX, el que se debe en muy buena medida a la nueva correlación entre Esta-

[26] Para más detalles, me permito la remisión a mi estudio «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, cit., Iustel, Madrid, 2009, págs. 293 y ss.

do y sociedad y que, por ello mismo, despierta un particular interés en la Europa continental donde acaba por dejar una marcada impronta, sobre todo en ciertos sectores económicos, particularmente los llamados servicios en red, con una previsible extensión a otros sectores que apuntaremos de inmediato.

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

Esa idea de titularidad pública era del todo ajena en la cultura jurídica de los Estados Unidos de América. Las mismas actividades y servicios las podía desarrollar y gestionar cualquier empresa privada, pero cuando se adquiere conciencia del interés público del que están revestidas esas actividades[27] se acaban categorizando como industrias o servicios de utilidad pública *(public utilities)* y quedan sujetas a regulación por una autoridad reguladora según un modelo regulatorio que gira en torno a la llamada tasa de retorno *(rate of return)* en la que resultan determinantes los costes en los que incurre la empresa gestora que podrá entonces fijar precios y tarifas que le permitan cubrir costes y obtener unos beneficios razonables, nunca excesivos. Si los costes varían, también lo harán los precios y tarifas en la misma proporción. La agencia reguladora fijará también los estándares de calidad y seguridad de la *public utility* de que se trate[28].

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

---

[27] «*Clothed with a public interest*», fue la expresión utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en su sentencia de 1876 *(Munn v. Illinois)* que admitió por vez primera la regulación pública de actividades desarrolladas por particulares pero «revestidas» de un interés público.

[28] Una exposición muy clarificadora sobre el funcionamiento del sistema en R. J. PIERCE, JR./ E. GELLHORN, *Regulated Industries*, 4.ª ed., West Group, Saint Paul, 1999.

2. *La pérdida en Europa de las posiciones de titularidad pública. Competencia y proyección horizontal*

La novedad y alteración sustancial se produce en Europa como consecuencia de la progresiva pérdida por el Estado de la titularidad sobre medios, servicios y actividades que pasan a la órbita privada. Es entonces cuando se mira al modelo de regulación de los Estados Unidos de América al que le es ajena la idea de titularidad pública sobre los servicios. Un modelo que se había transformado profundamente en las dos últimas décadas del pasado siglo: el tradicional de regulación en monopolio mostró notables disfunciones que lo hicieron objeto de severas críticas y reformas conducentes al vigente modelo de regulación en competencia[29] que acaba por extenderse a muchos Estados europeos que a finales del siglo XX se veían ante la tesitura de configurar un sistema en el que se atendiese al relevante e inequívoco interés público presente en toda una serie de servicios que hasta entonces estaban bajo una titularidad pública.

El modelo de regulación en competencia presenta una marcada diferencia estructural con respecto al de monopolio. En éste se configura una relación o estructura vertical que se articula en tres niveles: autoridad reguladora, operador monopolista y usuarios. El objetivo era que el operador no abusara de su posición monopolista, que ofreciera un servicio con unos determinados estándares de calidad y seguridad a cambio de unas tarifas razonables que le permitieran cubrir sus costes y obtener un beneficio igualmente razonable y estable que asegurase la captación de capitales en el mercado financiero.

En cambio, el vigente modelo de regulación en competencia presenta una estructura decisivamente marcada por el eje horizontal que articula las relaciones entre los operadores generando entre ellos una competencia efectiva. Es de esa competencia de la que se espera resulte la mejora en la calidad de los servicios, la innovación tecnológica y los precios más ajustados para los usuarios. La función primordial del regulador y del propio modelo será entonces hacer efectiva la competencia en unos servicios que por sus características congénitas —limitaciones de infraestructuras que utilizan, prestación en red, economías de escala, operadores dominantes procedentes del anterior sistema monopolista, etc.— hacen inviable una competencia natural entre operadores en situación de igualdad. El objetivo fundamental de este modelo de regulación será entonces recomponer y reconstruir la competencia allí donde el mercado no ofrezca las condiciones necesarias. Esta regulación comporta así una in-

[29] Sobre la crisis del modelo de regulación en monopolio y los factores que la propiciaron el mejor estudio es, sin duda, el de J. D. KERNEY/T. W. MERRILL, «The Great Transformation of Regulated Industries Law», *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998.

tervención en las relaciones entre operadores —que son, inequívocamente, sujetos privados— y en sus relaciones contractuales. Es aquí donde encontramos la intervención pública y la aplicación de normas y principios de Derecho público a relaciones entre sujetos privados. La orientación horizontal de la extensión del Derecho público, articulándose en torno a este eje y modelo horizontal de regulación queda aquí bien a las claras.

3. *La regulación como uno de los instrumentos característicos del Estado garante*

Conviene reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la regulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad —en este caso titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado[30].

En el ámbito de los servicios sujetos a regulación que ahora contemplamos, la intervención pública en las relaciones entre operadores se produce en momentos y entornos diversos. Uno de ellos es el acceso a redes si se trata, como es frecuente, de servicios que necesitan de este soporte técnico. Hay operadores que disponen de redes propias, que llegan a estar muy extendidas si se trata de operadores que ostentaron una posición monopolista en el anterior modelo regulatorio. Se trata entonces de que los operadores puedan interconectar sus redes, permitiendo así a los operadores entrantes acceder a las grandes redes de que disponen sus mayores competidores. La intervención de las autoridades reguladoras se concentra entonces en los acuerdos, contratos, de intercone-

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

xión de redes entre operadores para situar a los mismos en una posición que permita la competencia efectiva entre ellos, evitando abusos de los operadores dominantes. Una intervención que con toda normalidad puede alcanzar al elemento fundamental de estos acuerdos: el precio de acceso a las redes[31].

4. *La extensión del Derecho público a las relaciones entre operadores privados*

Esta regulación pública percute así directamente sobre el núcleo mismo de la institución contractual en su configuración característica por el Derecho privado y la autonomía de la voluntad que se reconoce a los sujetos, inequívocamente privados, que son los operadores. Esta extensión del Derecho público, de la regulación pública, al plano horizontal de las relaciones entre operadores, sujetos privados, ha suscitado las naturales resistencias.

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

Afirma así el TS que «la actuación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en la resolución del conflicto de interconexión entre los operadores contendientes Amena y Vodafone no requiere de la apelación a las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, porque la función del órgano regulador se atiene a lograr el "equilibrio justo entre los intereses de las partes", con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios» (STS de 1 de octubre de 2008)[32].

Se reconoce así la intervención pública, la aplicación del Derecho público e implícita, pero consecuentemente, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de posibles controversias, en determinadas relaciones entre sujetos privados. El Derecho público

---

[31] Sobre estas cuestiones resulta de gran interés el estudio de F. B. López-Jurado, «Técnicas específicas de los servicios en red», en *Fundamentos e instituciones de la regulación,* cit., págs. 759 y ss.

[32] Más apoyatura jurisprudencial en esta misma línea puede encontrarse en mi trabajo «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., págs. 881 y ss.

adopta así esta novedosa proyección horizontal que, en el marco de la regulación de servicios públicos en que ahora nos situamos, se produce con la configuración de un modelo de regulación que se vertebra, como ya nos consta, en torno a un eje horizontal que articula las relaciones entre operadores para alcanzar en lo posible una competencia efectiva entre ellos.

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

Destaca al efecto el régimen de las llamadas obligaciones de servicio público que se inicia en el sector de las telecomunicaciones y se extiende luego a otros[33]. Tiene su sentido y justificación en un panorama marcado por la presencia exclusiva de operadores privados —abandonando así el Estado las posiciones de titularidad sobre estos servicios desde las que ostentaba poderes muy efectivos para la atención de los intereses generales— en sectores económicos de interés general. La lógica del mercado, de la oferta y la demanda, el interés particular de los operadores, conduciría a concentrar la prestación de estos servicios allí donde se configura la mayor demanda —así en las zonas urbanas o densamente pobladas— y lógicamente mayores son las expectativas económicas de rentabilidad. No habría interés alguno en los operadores privados por atender zonas o bolsas de población sin expectativas de rentabilidad.

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

---

[33] Fundamental sobre el tema, la monografía de M. CARLÓN RUIZ, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2007.

V. Extensión objetiva. La experiencia anglosajona

La tendencia a la aplicación del Derecho público rebasa, en cualquier caso, el marco del modelo de regulación horizontal en competencia. Este modelo, sin duda, ha propulsado la proyección horizontal del Derecho público, resultando de aplicación a relaciones entre sujetos privados, desprendiéndose así de la estructura marcadamente vertical característica de las relaciones de Derecho público con la ineludible presencia en ellas de una autoridad o una Administración pública. Pero esa orientación horizontal tiende a rebasar el marco de los servicios económicos de interés general sujetos a regulación.

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

Fue significativamente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América donde, sobre todo durante los mandatos de Margaret Tahtcher y Ronald Reagan, se llevaron a cabo las primeras políticas y experiencias privatizadoras, desreguladoras como también se las conoce, a gran escala. Pero ha sido ya entrado el presente siglo cuando se advierte que buena parte de los servicios, tareas y funciones transferidas a sujetos privados tienen una incuestionable dimensión pública que puede quedar desatendida si se someten plenamente al Derecho privado. Por lo demás, la privatización, la externalización, u otras fórmulas materialmente similares[34], han llegado a propiciar verdaderas situaciones límite, que se aproximan a lo espeluznante en algunos supuestos, como pone de manifiesto el caso Blackwater que parece destinado a convertirse en un *leading case* no sólo en la materia de responsabilidad que ahora se suscita ante los Tribunales sino en otros importantes frentes[35].

Es por ello por lo que se postula la aplicación del Derecho público a toda una serie de actividades desempeñadas antes por Administraciones Públicas y que habían sido objeto de privatización[36]. Se tiene el conven-

[34] Al respecto, G. E. Metzger, «Privatization as Delegation», *Columbia Law Review*, 103, 2003.

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

[36] *Vid.* J. Freeman, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003. págs. 1285 y ss.

cimiento de, si no es así, no puede ejercerse un control efectivo sobre el desarrollo de estas actividades para verificar y garantizar la correcta atención a los intereses públicos en juego. No se han mostrado efectivas las fórmulas de control que, con mucha imaginación y esfuerzo por parte de los Tribunales, se han querido elaborar tomando como referencia los parámetros del *common law* para las relaciones entre particulares, propios y característicos del Derecho privado como la responsabilidad por daños, relaciones contractuales, o el régimen de las perturbaciones actualizado en torno a las inmisiones *(torts, contracts, public nuisance standards)*.

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

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

Se trata, entonces, de establecer criterios de aplicación del Derecho público a sujetos privados. La jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido ha reconocido en diversas ocasiones que ciertos sujetos privados en la medida en que realizan funciones públicas o reciben fondos públicos han de ajustar su actividad, o parte de ella, al Derecho público. La consecuencia más relevante de esa sujeción es la posibilidad de revisión judicial *(judicial review)* que es la característica determinante del *Administrative Law*. En ese entorno conceptual, la jurisprudencia había mantenido su adscripción al criterio tradicional de activación del control judicial que es la concurrencia del vicio de *ultra vires:* cuando la Agencia o la Administración excede en el ejercicio de sus poderes las facultades conferidas o delegadas mediante *statute*, mediante ley, por el Congreso.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más reciente conside-

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

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

Entre otros que se han producido recientemente en diversas jurisdicciones, un caso que ha suscitado una gran atención doctrinal[37] y que para nosotros resulta muy significativo es el *Societé de l'assurance automobile du Québec v. Cyr*, resuelto por la Corte Suprema de Canadá[38]. Se trata de un caso que podríamos perfectamente adscribir a la realidad, conocida aunque no adecuadamente sistematizada entre nosotros, de las entidades colaboradoras de la Administración. Concretamente las entidades privadas que realizan funciones de control técnico relacionadas con la función pública de seguridad de los automóviles. Lo que se conoce en definitiva como Inspección Técnica de Vehículos[39]. El caso resuelto por la *Supreme Court* se inicia con una demanda presentada por Yvan Cyr, un mecánico de una compañía privada *(Societé de l'assurance automobile du Québec)* que realizaba la función pública de inspección técnica de vehículos. Una función que se le encomendaba a esta entidad pri-

---

[37] De ella da cumplida cuenta F. HOCHN, «Privatization and the boundaries of judical review», *Canadian Public Administration*, vol. 54, 2011, págs. 73 y ss.

[38] 2008, 1 S.C.R. 338 *(Cyr)*.

[39] Objeto de atención también por nuestra doctrina por el entrecruzamiento de funciones públicas y sujetos privados que las ejercen, *vid.,* al respecto, E. ARANA GARCÍA, «Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 y ss.; D. CANALS I AMETLLER, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.

vada a través de un contrato con una Agencia pública. La controversia se planteó cuando se revocó la designación de Yvan Cyr como «*acredited mechanic*» para realizar esas funciones. La Corte entendió que resultaban aplicables al caso las normas de Derecho público.

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

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

Sin embargo se tiene conciencia de que la extensión o aplicación del Derecho público no es un objetivo en sí mismo. De lo que se trata es de atender y proteger adecuadamente los intereses en juego. Si se advierte la presencia de intereses inequívocamente públicos, entonces puede ser conveniente la aplicación del Derecho público, aunque no siempre resulte la solución más adecuada[40].

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

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

Otro criterio modulador se advierte en la eficacia y los costes. La externalización o atribución a particulares de determinados cometidos antes cumplidos por la Administración se justifica en muchos casos por la eficacia que se espera de una gestión privada, descargada de las exigencias procedimentales del Derecho administrativo. También habría que

[40] S. PAGE, «The web of managerial accountability: The impact of reinventing government», *Administration and Society*, núm. 38, 2006.

ponderar en términos restrictivos la aplicación del Derecho público si conllevase un incremento desproporcionado de los costes para el erario público, sobre todo si la justificación de la privatización, en el caso concreto de que se tratare, viniese impuesta por la reducción o eliminación de costes.

La aplicación del Derecho publico, entienden algunos autores introduciendo un nuevo criterio[41], debería ceder o contenerse si afectase a otros objetivos públicos o incluso intereses privados más relevantes.

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

VI. La extensión subjetiva. La atribución de un cierto estatuto público a sujetos privados que ejercen funciones públicas. La experiencia alemana

La extensión del Derecho público discurre por diversos conductos y ofrece así manifestaciones diversas. La que acabamos de exponer, prestando particular atención a su desarrollo en la órbita anglosajona, es la que convencionalmente podríamos denominar la vía objetiva, pues supone la aplicación objetiva del Derecho público a relaciones entre sujetos inequívocamente privados.

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

Esta extensión del Derecho público por la vía subjetiva ha tenido un gran desarrollo en la órbita germánica donde este tipo de sujetos privados que, bajo su propia responsabilidad, ejercen funciones públicas son per-

[41] Así F. Hochn, «Privatization and the boundaries of judicial review», cit., 2011, pág. 93.

fectamente reconocibles en la categoría —muy definida y asentada, con un renacimiento y desarrollo espectacular en los últimos tiempos al filo del fenómeno privatizador— de los *Beliehne* o habilitados.

Ya en el siglo XIX las leyes de varios Estados alemanes reconocieron plenos efectos públicos a las actuaciones y decisiones de ciertos sujetos privados, como si se tratase de resoluciones adoptadas por la propia Administración. Podemos utilizar a titulo de ejemplo el significativo y recurrente sector —que nos aparecía en el apartado anterior en la órbita anglosajona, caso *Cyr*— del control técnico por razones de seguridad[42]. En el siglo XIX, en plena revolución industrial, se constituyeron en Alemania asociaciones privadas de ingenieros e industriales que realizaban controles técnicos de artefactos que generaban riesgos, sobre todo calderas de vapor que por entonces explotaban con alguna frecuencia. En un momento dado, el Estado —la primera expresión la ofrece la *Verdornung* del Estado prusiano de 1874— reconoció este tipo de controles y certificados como propios, como si hubieran sido realizados por su Administración y con sus propios funcionarios. El Estado prusiano ya era consciente entonces de que el conocimiento técnico estaba más del lado de las empresas y sus ingenieros que de los burócratas de su Administración, muy reconocidos en la tramitación de expedientes, ordenación de registros y otras muchas tareas, pero escasamente capacitados para apreciar las complejas cuestiones técnicas que se planteaban en torno a la seguridad de toda una serie de artefactos industriales.

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

[42] Sector que significativamente ha suscitado entre nosotros los estudios más relevantes, como el del propio J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ya citado, el de D. CANALS, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, o el de M. IZQUIERDO, *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Más recientemente y con un enfoque más amplio, también de D. CANALS, «El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración», en la obra colectiva del mismo nombre dirigida por A. GALÁN, Huygens, Barcelona, 2010, págs. 21 y ss.

material. La correlación es clara: la Administración decide, el concesionario ejecuta materialmente, gestiona.

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

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

Pero el componente tal vez más característico, el elemento diferencial respecto a otras figuras, radica en la capacidad decisoria, resolutiva, que ostentan estos sujetos. No son ejecutores, gestores, de tareas públicas. Son personas que deciden bajo su propia responsabilidad; este es el rasgo más destacado por la doctrina y la jurisprudencia alemana. Se marca así la diferencia respecto a otros sujetos, los concesionarios destacadamente, que son meros gestores y cuya actuación puede imputarse en último término a la Administración titular del servicio; es ésta en último término la responsable del servicio, aunque su gestión material corresponda al concesionario. Hablo aquí, como habrá podido notarse, de responsabilidad en sentido amplio, en el sentido de titularidad, y no en la acepción de la responsabilidad civil por daños[43].

[43] Esta responsabilidad civil sí que se le puede atribuir al concesionario, si concurren determinadas circunstancias, pero no la responsabilidad derivada de la titularidad y dirección del servicio que corresponde a la Administración. En el Derecho alemán, el término que se emplea para caracterizar la actuación de los *Beliehne* es este último de responsabilidad *(Verant-*

Son, por tanto, sujetos con capacidad resolutoria y sus resoluciones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por la Administración. Entonces, en el entorno dogmático y conceptual del Derecho administrativo continental, la cuestión que inevitablemente se plantea es si estas resoluciones tienen o no el carácter de actos administrativos. La respuesta, tras un debate doctrinal y jurisprudencial que se desarrollo en los años sesenta del pasado siglo, es unánimemente afirmativa. Estos sujetos privados que han sido facultados mediante la correspondiente habilitación *(Beleihung)* dictan auténticos actos administrativos cuando adoptan decisiones y resoluciones en el ámbito de las funciones públicas que les han sido encomendadas[44]. De ello habrían de derivarse una serie de consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable que se materializan de manera coherente en dos fases.

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

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

Pero lo cierto es que en la actualidad esta figura se percibe como un antecedente en el fenómeno de traslado masivo de cometidos y servicios públicos que está conllevando la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, a buena parte de la actividad de estos sujetos pri-

---

wortung) en ese sentido más amplio de titularidad y de capacidad última de decisión (decisión bajo propia responsabilidad*, eigene Verantwortung)* y no el término de responsabilidad civil por posibles daños *(Haftung)*.

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

vados. Esta extensión del Derecho público se está produciendo más recientemente, en una segunda fase, si se la quiere llamara así: la primera fase, que convencionalmente podríamos localizar en los ochenta y, sobre todo, en los noventa, sería la de la privatización de muchos servicios y funciones; pero es ya entrado el presente siglo cuando se plantea, en la línea y en la lógica en las que aquí reparamos, la aplicación, la extensión del Derecho administrativo a estos sujetos destinatarios de procesos privatizadores, cuando se va adquiriendo plena conciencia de que es posible, y en muchos casos puede ser conveniente por razones pragmáticas, la atribución de esas funciones a sujetos privados, pero que no se puede desconocer su dimensión pública, la presencia de inequívocos intereses públicos que han de ser atendidos y protegidos por el Derecho público en el caso de que el Derecho privado, que es el primeramente llamado por la naturaleza privada de los sujetos intervinientes, no les dispensara una tutela adecuada.

La tradicional ecuación que se establecía tradicionalmente, en términos muy estrictos, entre sujetos públicos y Derecho público, se está rompiendo en muchos frentes en los que el Derecho público está desprendiéndose de su clásico eje vertical —relaciones entre sujetos públicos investidos de potestades y particulares— para extenderse a las relaciones entre sujetos privados si en esas relaciones están implicados intereses públicos relevantes[45]. En la categoría que ahora contemplamos, esa extensión del Derecho público se produce a través de una fórmula subjetiva, sujetando a determinadas personas privadas —o, mejor, a un segmento de su actividad— al Derecho público y bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza privada, ni se conviertan en sujetos públicos, menos aún en Administraciones Públicas. De ahí que en las exposiciones sistemáticas, en manuales y tratados, del Derecho administrativo no se considere en ningún caso a estos sujetos como Administraciones Públicas en su sentido subjetivo, aunque su actividad, o una parte de la misma, pueda calificarse como actividad administrativa.

Así es como en las exposiciones más aceptadas y convencionales del Derecho administrativo alemán se viene a distinguir entre la Administración directa o inmediata, que es la desarrollada por genuinas Admi-

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

nistraciones Públicas en su acepción subjetiva, y la Administración indirecta o mediata, entre la que se encuentra la realizada por estos sujetos privados habilitados para el ejercicio de funciones públicas (*Beliehne)*. Es evidente, en cualquier caso, que el concepto de Administración que en estas exposiciones se está manejando es un concepto objetivo, considerando como Administración una actividad —sujeta a un régimen jurídico singular, el del Derecho administrativo— que pueden desarrollar tanto sujetos públicos —Administraciones primarias en sentido subjetivo— como sujetos privados.

Tal vez lo que más nos interese destacar ahora de esta figura es su espectacular relanzamiento en la última década. Se trata de una fórmula en franca expansión al filo del vasto proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas. En esta encrucijada, la fórmula de los habilitados *(Beliehne)* se ha mostrado particularmente idónea para canalizar ese flujo tal como ha tenido ocasión de destacar la doctrina alemana del Derecho público[46].

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

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

[46] Así lo destaca Andreas VOSSKUHLE, en la actualidad Presidente del Tribunal Constitucional Federal, en «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL (Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público)*, núm. 62, 2003, págs. 266 y ss.

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

Otros sectores de gran actualidad y proyección ofrecen también recientes y significativas experiencias en la aplicación del estatuto público característico de la *Beleihung*. Así, el sector ambiental, donde tienen tal condición los acreditadores y verificadores ambientales[47]. O en el de residuos, al atribuirse el estatuto propio de la *Beleihung* a ciertos gestores que ejercen funciones públicas en el control, supervisión y decisiones sobre el tratamiento y destino de los residuos.

[47] Muy ilustrativa, al respecto, la crónica de M. TARRÉS VIVES, «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditgesetz alemana», en esta REVISTA, núm. 145, 1998, págs. 503 y ss. Se presenta ahí con toda claridad el modo en que el Ministerio de Medio Ambiente es facultado allí por la Ley para habilitar *(zu beleihen)* a sujetos privados para el ejercicio de funciones públicas y la aplicación a ellas de un régimen de Derecho administrativo.