

E
342.4306
5243av.6
2003
c.2
11226

1-444226

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA

**Objeto y fundamentos
de la construcción sistemática**

Prólogo de
Antonio López Pina

Traductores

Mariano Bacigalupo	José M. ^a Rodríguez de Santiago
Javier Barnés	Blanca Rodríguez Ruiz
Javier García Luengo	Germán Valencia
Ricardo García Macho	Francisco Velasco
Alejandro Huergo	

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2003 BARCELONA

a) Derecho privado

14. La cuestión clave en el Derecho privado son las decisiones, libres y no sometidas a ninguna exigencia de motivación, de sujetos de derecho iguales entre sí. A éstos se les debe ofrecer un ordenamiento-marco seguro²⁰. En cambio, la configuración interna de esas relaciones básicamente debe confiarse a la autonomía privada y no requiere una justificación especial. Los individuos formulan sus intereses en el marco de la ley y los expresan de manera autónoma. La libertad de contratación, el derecho a fundar asociaciones y el derecho de propiedad son condiciones necesarias para ello. La capacidad de salvaguardar los propios intereses responsablemente es el principio básico; las obligaciones contractuales y la responsabilidad son las consecuencias necesarias²¹. El ordenamiento jurídico privado se construye sobre la base de la autonomía privada y de la propia dinámica de un régimen económico libre; pero no es un ordenamiento privado, autárquico o alejado del Estado²². El ordenamiento jurídico privado es derecho estatal y expresión de su capacidad de configuración: los mecanismos de equilibrio del mercado, para ser manejables, deben desplegarse en forma jurídica, el contrato y la propiedad no sólo deben ser reconocidos, sino convertidos en instituciones jurídicas utilizables. Esto exige introducir límites externos, definir situaciones jurídicas y valorar los distintos intereses que deben ser protegidos o garantizados.

²⁰ Sobre el tema vid. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 1, núms. margs. 4 y 5, y § 32, núms. margs. 472 y ss.; REHBINDER, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 355 (356); además vid. U. HUBER, en *Studium Generale*, 1970, pp. 769 ss.; D. SCHMIDT, *Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, pp. 174 y 175.

²¹ Cfr. RAISER, *DfT*, 46, vol. 2, B1(16).

²² En este mismo sentido, D. SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, núm. marg. 83: las normas de Derecho civil no como creación de la voluntad "privada", sino de la sociedad organizada políticamente en el ámbito del Estado.

El marco determina el contenido. También el marco dispuesto por el legislador de Derecho privado establece formas de resolución de conflictos, y con ello persigue objetivos públicos. Éstos pueden ponerse de relieve con intensidad comparable a lo que acontece en el Derecho público, en aquellos ámbitos en los que el Derecho privado ha introducido regímenes de protección especial a favor de consumidores, vecinos, inquilinos o competidores. En consecuencia, ambos ordenamientos jurídicos (público y privado) no pueden dividirse conforme a lo establecido en la llamada teoría de los intereses*.

15. En el Derecho privado las normas son sobre todo un marco. La función de estas normas es permitir una comunicación libre y asimismo otorgar obligatoriedad a sus efectos²³. Tal naturaleza se evidencia de manera especialmente clara allí donde las partes pueden apartarse de la normativa legal, de valor dispositivo, y utilizarla como un modelo en el que se pueden introducir variables. El marco puede ser restringido por necesidades de protección especial a través de cláusulas y normas prohibitivas, y en casos concretos puede ser rellenado completamente con un mecanismo como la contratación forzosa; pese a ello, el establecimiento de un marco sigue siendo la técnica normativa más importante del Derecho privado. Los motivos que llevan a cada sujeto a perseguir la satisfacción de sus intereses de esa determinada forma y no de otra es normalmente irrelevante. De ello se deduce que la obligación de motivación, que en el Derecho administrativo es un elemento esencial, en el Derecho privado es un fenómeno excepcional²⁴. El hecho de que las normas de Derecho privado tengan esta limitada intensidad es lo que permite utilizarlo como instrumento de regulación de todos los sectores de las relaciones jurídicas. Por ello el Derecho privado es el Derecho general del tráfico jurídico, mientras que el Derecho público es un Derecho especial de los titulares del poder público. Este carácter de marco que tiene el Derecho privado le permite también reaccionar con rapidez a nuevos fenómenos, manteniendo en todo momento a disposición un arsenal básico de instituciones. Puede hablarse, por tanto, de una especial capacidad receptiva del Derecho privado.

b) Derecho público

16. El Derecho público se ocupa de la posición especial de los titulares estatales de soberanía y de sus mandatos de actuación. Es

* N. del T.: El autor se refiere a la doctrina que distingue el Derecho público y el privado porque el primero se ocupa de la satisfacción de los intereses públicos y el segundo de los privados.

²³ Sobre el tema vid. DRUEY, *JdR*, 1991-1992, p. 149 (159 y 160).

²⁴ MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 1, núm. marg. 4.

el "derecho propio" de las unidades con competencias decisorias, organizadas especialmente para cumplir funciones de interés público²⁵. Con estas unidades aparece en escena otro actor que no monopoliza el interés público pero que debe impulsarlo permanentemente como un gestor responsable²⁶. En un ordenamiento constitucional que diferencia una esfera estatal y una social, o sea, la libertad y la competencia y que parte de la necesidad de legitimación de todas las acciones del Estado, es explicable presentar un sistema jurídico propio; incluso, un derecho especial. Esa dualidad, sin embargo, no se deduce obligatoriamente de la Constitución²⁷. Sin embargo, como concepto es comprensible y práctico a pesar de todos los solapamientos, puesto que se ha intentado captar los problemas de ejercicio del poder, de interés público y legitimación, en modelos normativos diferentes para el Estado y la sociedad, modelos que se han desarrollado de manera sistemática por vías diferentes.

17. El poder del Estado es un poder que necesita ser justificado (vid. 1/21). Puede unilateralmente establecer efectos jurídicos, pero tiene que legitimar sus decisiones mostrando su relación con los intereses públicos. Allí donde entra en juego el poder estatal, no puede conformarse el derecho con ponerle explícitas limitaciones desde fuera. Tiene que organizarse de tal manera que sea capaz de imponer su voluntad y a la vez estar organizado desde dentro de un modo que lo haga idóneo para la satisfacción del interés público. Esa doble vertiente de la problemática del interés público debe asimilarla de manera autónoma el Derecho público junto al problema del ejercicio del poder. Justificar una decisión significa explicar las reflexiones de partida y los objetivos. Las decisiones de los detentadores del poder deben ser motivadas por principio, de manera diferente a como ocurre en el ámbito privado²⁸. No se trata sólo de algunas normas que obligan a motivar en determinados casos. La necesidad y la posibilidad de motivar las decisiones llevan a la aparición de estructuras jurídicas especiales que afectan a la formación interna de aquéllas mucho más profundamente que la mera regulación del procedimiento externo que es habitual en el Derecho privado.

18. Las específicas tareas normativas del Derecho público determinan su estructura jurídica. Se trata más bien de tipificación que de delimitaciones conceptuales nítidas. No toda norma de Derecho públi-

²⁵ Sobre el tema vid. la exposición de WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, § 22, núms. margs. 13 y ss.

²⁶ Éste es el contenido nuclear de la útil teoría de la delimitación, llamada teoría de la función asignada; cfr. ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 27.

²⁷ Como explicación de la cuestión de hasta qué punto el dualismo del sistema jurídico refleja el dualismo de sociedad y Estado, vid. MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 112 ss.; KEMPE, *Formenwahlfreiheit*, pp. 29 ss.

²⁸ Sobre el tema, LÖCKE, *Begründungszwang und Verfassung*, de manera especial, pp. 37 ss.

co persigue la realización al mismo tiempo de todo tipo de tareas. Existen niveles, los cuales se conciben como círculos jurídicos o sistemas de relaciones jurídicas²⁹. Así, junto al derecho de los actos administrativos, cuya misión es regular situaciones concretas, existe, por ejemplo, el derecho de los contratos administrativos. El Derecho público es, como "derecho propio" de las Administraciones Públicas, en primer lugar Derecho de la organización. Precisamente el contenido de las normas de organización, entre las cuales también hay que incluir el Derecho de la competencia, el Derecho presupuestario y el Derecho del control contable así como algunas partes del Derecho administrativo económico y en general el derecho que regula la formación de decisiones en el ámbito interno de la Administración, tiene importantes cometidos a la hora de garantizar la legitimación democrática y la distancia o imparcialidad del Estado (5/18-23). Además esas normas de organización sirven para garantizar la transparencia en las competencias atribuidas por el Estado de Derecho. En el debate científico a menudo no es suficientemente valorada la parte organizatoria del Derecho público, dado que sólo se toma en consideración los efectos externos de la acción del Poder Ejecutivo. Debido a ello no se agota el potencial de capacidad de articulación del Derecho público: también en los ámbitos en los que el Poder Ejecutivo actúa con efectos externos mediante las formas del Derecho privado debe respetar las normas de organización. Incluso en los ámbitos en los que el Poder Ejecutivo intenta organizarse conforme al Derecho privado tiene que respetar el derecho económico público y el derecho presupuestario. La parte organizatoria del Derecho público es el derecho básico y modelo del Poder Ejecutivo.

19. Las tareas normativas que corresponden al Derecho público le prohíben que se limite a una articulación de las reglas de juego (marco), como ocurre en el Derecho privado. La capacidad directiva tiene que ser siempre también para el Derecho público capacidad directiva de programación, la cual se hace efectiva sobre supuestos de hecho materiales y sobre la facultad transformadora de los supuestos axiológicos jurídico-constitucionales, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Esto se deduce del componente interno de hecho de la legitimación democrática, así como del deber de certeza que es propio del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que representan no sólo una garantía procedimental, sino también de contenido. Todas estas garantías prohíben dejar la solución de un conflicto de intereses únicamente a un acuerdo consensuado y concreto de los interesados (1/49). Pero incluso allí donde el Derecho público utiliza la regulación del procedimiento como técnica de intervención, esas garan-

²⁹ ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 26, quiere sustituir el dualismo existente a través de un pluralismo de relaciones jurídicas, que hace aparecer al ordenamiento jurídico como un ordenamiento de relaciones jurídicas.

tías se alejan del modelo del enfoque directivo comparable del Derecho privado. El Derecho público no puede darse por satisfecho con establecer una perspectiva de acuerdo de los interesados, y la regulación del procedimiento externo de ese acuerdo. La necesidad de justificación de la acción del Estado exige también adoptar medidas respecto a la fase interna del proceso de toma de decisiones. El concepto básico de la discrecionalidad administrativa es precisamente un tema significativo por esta causa. El deber de legitimación democrática subraya las peculiaridades del modelo de enfoque directivo del procedimiento jurídico, a través de exigir un especial distanciamiento de protección, por ejemplo, a través de normas de abstención (de los funcionarios). Por esta razón las decisiones democráticamente legitimadas pueden ser acatadas más allá del círculo estricto de quienes han votado a favor de ellas, con las ventajas que una regulación de tan amplio radio comporta.

c) Conexiones y acoplamientos

20. El Derecho público y el privado tienen, por tanto, que separarse, en tanto establecen modelos normativos diferentes para situaciones diversas, en las que los ciudadanos se relacionan con otros sujetos jurídicos privados o también con el Estado organizado. Ambos regímenes jurídicos se consideran como arsenal de mecanismos de protección y acción. Los dos regímenes no dejan de tener relaciones. Más bien están entrelazados entre ellos³⁰. A veces se ha intentado reunirlos en un *Derecho común*. En contra de esta solución se manifiesta, sin embargo, no sólo el Derecho positivo, que en numerosas definiciones claves parte de una separación. En contra se plantea sobre todo la reflexión de que formas jurídicas diferentes pueden comprender mejor la diversidad de los procesos de la vida que los modelos unitarios. Los acoplamientos quedan abiertos ante la existencia de modelos normativos diferentes. Lo cierto es que las distinciones se han establecido con la misma claridad que las relaciones y solapamientos. La acción de la Administración utilizando el Derecho privado y una orientación hacia los actores privados de las normas válidas en la acción administrativa aparecen no como expresión de un intento de irrupción abusiva o de huida de una vez para siempre de un régimen jurídico establecido³¹, sino más bien como medio fructífero de ofrecer un marco jurídico a los cambios continuos de la distribución de las funciones asignadas socio-estatales y de las posibilidades de cooperación que junto a ello surgen.

³⁰ Cfr. también MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 104 ss.

³¹ Sobre la muy citada imagen de una "huida hacia el Derecho privado", cfr. FLEINER, *Institutionen*, p. 326.

2. La Administración con forma de Derecho privado

21. Están proyectadas para utilizar las formas de acción y organización del Derecho privado la actividad empresarial de la Administración, la de los empleados públicos no funcionarios, la del tráfico de toda clase de inmuebles en manos públicas y la de las compras públicas, pero también amplias esferas de la Administración de prestación y fomento, de la de subvención y de prestación³². En el mismo sentido está incluso prescrito de manera expresa en los arts. 87e y 87f de la GG para el caso de los ferrocarriles y para correos y las telecomunicaciones. Semejantes observaciones pueden también hacerse en el caso de la práctica de la organización y de la acción de la Administración de la Unión Europea³³. Sectores abiertos al desarrollo tienen que ser provistos con un régimen jurídico de este tipo, que se ajusta al proceso de cambio que tiene lugar entre las actividades estatales y no estatales. El Derecho privado actúa como derecho general del tráfico económico. Le proporciona a la Administración la necesaria "capacidad de conexión" de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados. Más allá, como derecho idóneo para experimentar puede ofrecer una sistematización para nuevas actividades, hasta que se manifieste la necesidad de una regulación jurídico-pública autónoma a través de una más intensa práctica administrativa. Esto es válido para las actividades administrativas cuyo alcance va más allá del ámbito estatal, cuyo número aumenta en la vida cotidiana de la Administración, y que, a falta de un apoyo normativo específico de Derecho internacional, sólo cabe llevar a cabo en régimen de Derecho privado³⁴. La capacidad del Derecho privado del Estado y su competencia para la elección del régimen jurídico no están fundamentadas únicamente en la práctica jurídica, ni suponen colocar al mismo nivel la actividad pública y la privada³⁵. Al contrario, de lo que se trata es de que la Administración pueda, cuando actúa en ámbitos situados entre lo público y lo privado, acercarse un poco más al régimen jurídico de Derecho privado, teniendo en cuenta que esta aplicación del Derecho privado requiere una fundamentación específica y, por lo tanto, tiene un alcance limitado. Este fenómeno se produce en distintas situaciones jurídicas.

³² Sobre el tema vid. básicamente EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, en diversos pasajes.

³³ BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 132 ss.

³⁴ Cfr. HILLERMAN, en *FS für Böckenförde*, pp. 277 ss.

³⁵ Sobre el tema, con más argumentos, vid. MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 68 ss.; con posiciones contrarias vid. KEMPEN, *Formenwahlfreiheit*, pp. 112 ss.; J. BURMEISTER, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (210 ss.).