

MÓNICA LILIANA IBAGÓN

*La delimitación entre el derecho público y el derecho privado en el derecho administrativo: ¿qué puede aprender Colombia del sistema jurídico alemán?*



Sumario: Introducción. I. Derecho público versus derecho privado. A. La *summa divisio* y la dogmática jurídica. 1. La *summa divisio* en Alemania. 2. La *summa divisio* en Colombia. B. La *summa divisio* y su ontología. 1. Criterios materiales. 2. Teoría del derecho especial del Estado (Teoría Subjetiva). II. Derecho público más derecho privado. A. La *summa divisio*: parte de un derecho común. 1. La génesis de la *summa divisio* en la teoría de Bullinger. 2. Esbozo de las formas y consecuencias de la *summa divisio* desde la transición del siglo XIX al año 1945. B. La *summa divisio*: parte de un ordenamiento total. 1. La *summa divisio* y su sujeción a la Constitución. 2. Los campos de referencia del derecho administrativo y los modelos dogmáticos configurados en niveles. Bibliografía. Contribuciones de la autora al grupo de investigación.

## INTRODUCCIÓN

El tema que se nos propuso para estas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo es la difícil delimitación entre el derecho público y el derecho privado.

En este escrito se pregunta si la relación entre estas dos ramas del derecho está limitada a un problema de detalles dogmáticos, en especial de definiciones conceptuales para precisar el campo de aplicación de disposiciones normativas.

De acuerdo con Radbruch, “el carácter de un ordenamiento jurídico no se expresa de manera tan clara como mediante la relación en la que se encuentran el derecho público y el derecho privado entre sí y por medio de la forma como las relaciones jurídicas se separan entre derecho público y derecho privado”<sup>1</sup>. Así, por ejemplo, un Estado socialista radical conocería solo derecho público y una sociedad anarquista solo derecho privado<sup>2</sup>.

En este trabajo se sostiene la tesis que el enfoque tradicional, que distingue el derecho público y el derecho privado, principalmente conforme a los intereses que los contraponen, y cuya definición es relevante para determinar el campo de aplicación de preceptos jurídicos (I), es superada por una perspectiva del nuevo derecho administrativo que entiende el

---

1 GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, p. 122 [traducción libre de la autora].

2 *Ibidem*, p. 119.

derecho público y el derecho privado como subsistemas con instrumentos de actuación complementarios (II).

Esta hipótesis se enmarca en el objeto de estudio del primer tomo de las memorias de las XX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo dedicado a la “constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa”.

El método de investigación elegido no es de derecho comparado. Un estudio de derecho comparado, que por lo demás no requiere de una justificación especial<sup>3</sup>, exigiría una comparación y valoración de las semejanzas y diferencias<sup>4</sup> entre los sistemas jurídicos objeto de comparación. Se pretende analizar más bien, ¿qué puede aprender Colombia del sistema jurídico alemán? En este contexto, se puede formular la pregunta: ¿por qué los resultados de la dogmática jurídica alemana pueden ser de interés para Colombia? Si se examina el problema jurídico planteado, no existe duda de que la privatización del derecho público, la publicación del derecho privado, la internacionalización y la intervención del Estado en la economía son fenómenos comunes a todos los sistemas jurídicos. Para estos deben encontrarse soluciones<sup>5</sup>.

## I. DERECHO PÚBLICO VERSUS DERECHO PRIVADO

La diferenciación entre el derecho público y el derecho privado ha hecho parte de la cultura jurídica continental europea desde el siglo XVIII<sup>6</sup>. Aún hoy en día la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* constituye uno de los ejes de la cultura occidental<sup>7</sup>. El dualismo entre el derecho público y el derecho privado constituye uno de los elementos fundamentales de la sistemática del derecho administrativo<sup>8</sup>. Esto queda demostrado cuando se analizan los textos normativos que parten del supuesto de la diferenciación

3 UWE KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, Beck, 2015, pp. 47 y ss.

4 *Ibidem*, p. 4.

5 CHRISTIAN RÖHL, “El derecho administrativo como ciencia”, en *Perspectivas de una reforma* (JAI-ME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, JAVIER BARNÉS y MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 21.

6 FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Derecho público más derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 21.

7 *Ibidem*, p. 23.

8 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionene als wechselseitige Auffangordnungen”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige*

de estos dos compartimentos jurídicos (A) y se enuncian las teorías que explican su separación (B).

#### A. LA *SUMMA DIVISIO* Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La relación entre el derecho público y el derecho privado se puede entender desde una perspectiva binaria que propugna por una estricta separación entre estas dos ciencias jurídicas. En esta perspectiva tradicional se inscriben las disposiciones del sistema jurídico colombiano (2) que suponen una diferenciación entre el derecho público del derecho privado. La *summa divisio* también está presente en la dogmática de otros sistemas jurídicos occidentales, como el de Alemania (1).

##### I. LA *SUMMA DIVISIO* EN ALEMANIA

El ordenamiento jurídico alemán ha aceptado y establecido de forma vinculante, en varias de sus normas, la diferenciación entre el derecho público y el derecho privado.

La Ley Fundamental de Bonn (LF) parte de la distinción entre los dos campos del derecho, por ejemplo, en los artículos 12a inc. 3 y 33 inc. 4 (relación de servicio de derecho público), 74 inc. numeral 1 (legislación concurrente de la Federación para el derecho civil), 87 inc. 2 y 3 (corporaciones de derecho público directamente dependientes de la Federación y de establecimientos públicos), 87e inc. 3 (los ferrocarriles de la Federación son gestionados bajo la forma de empresas económicas de derecho privado), 87f inc. 2 (los servicios de correos y telecomunicaciones son prestados como actividades económicas privadas del Patrimonio Especial del Correo Federal) y 95 inc. 1 (constitución de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso-administrativa)<sup>9</sup>.

También leyes ordinarias han instituido la necesidad de diferenciar entre derecho público y derecho privado. Ejemplos de ellas son el Art. 1 inc. 1 de la

---

Auffangordnungen (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 8.

9 Sobre este tema *cf.* HEINRICH DE WALL, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 23.

Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)<sup>10</sup>, que es aplicable solo para la actividad administrativa de derecho público; el Art. 40 del Código Procesal Administrativo (VwGO)<sup>11</sup> y el Art. 13 de la ley del poder judicial (GVG)<sup>12</sup> que le atribuyen, por un lado, a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de controversias de derecho público que no tengan el carácter de constitucional cuando no exista una ley formal especial que le otorgue competencia a otro juez (Art. 40 VwVGO, así llamada cláusula general) y por el otro, le asignan a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las controversias de derecho privado (Art. 13 GVG); los artículos 54 ss. VwVfG que determinan que estas disposiciones son aplicables a los contratos de la administración de derecho público; el Art. 35 VwVfG que establece que el acto administrativo pertenece al derecho público; el Art. 34 de la Ley Fundamental de Bonn (LF) y el Art. 839 del Código Civil Alemán (BGB) que establece que la responsabilidad extracontractual del Estado procede por los daños originados en el ejercicio de un cargo público, es decir, de una actividad de derecho público; las normas sobre expropiación que establecen que la procedencia de la indemnización está determinada por la naturaleza de derecho público de la intervención<sup>13</sup>; las normas que determinan que las tasas y contribuciones solo pueden ser establecidas para una prestación de derecho público<sup>14</sup>; los artículos 1 y 6 de la Ley de Ejecución Administrativa (VwVG)<sup>15</sup> que es aplicable para la ejecución de deudas insolutas de derecho público del Estado Federal y de una persona jurídica de derecho público directamente dependiente de la federación<sup>16</sup>.

Como lo afirma Schmidt-Assmann, Alemania se ha ido independizando de un entendimiento limitado que se concentra en la separación del derecho público y privado en la determinación del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>17</sup>. Aunque, como se mencionó, el Art. 40 del Código

---

10 *Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG.*

11 *Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO.*

12 *Gerichtsverfassungsgesetz, GVG.*

13 *Cfr.*, p. ej., Tribunal Administrativo Federal (BVerwG), Decisión de 30.03.1979, Expediente: 7B 147.78, en BeckRS 1979, 31270502.

14 P. ej., *cfr.* Tribunal Administrativo de Munich (VG München), Sentencia de 16.12.1999, Expediente: M 10 K 99.579, en BeckRS 1999, 23993. n

15 *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, VwVG.*

16 HARTMUT MAURER y CHRISTIAN WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck, 2017, p. 44.

17 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y STÉPHANIE DAGRON, "Deutsches und französisches Verwaltung-

Procesal Administrativo (VwGO) le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para juzgar las controversias de derecho público que no tengan en carácter de constitucional, la determinación de la vía judicial también está dada cuando leyes especiales así lo establezcan<sup>18</sup>. Este es el caso de los asuntos sociales que, en virtud del Art. 51 Código Social (SGB<sup>19</sup>), son competencia de la jurisdicción social, o las controversias relativas a la expropiación forzosa o a las de responsabilidad extracontractual del Estado que son estudiadas por la jurisdicción ordinaria por mandato del Art. 34 LF. Sobre las controversias contractuales como objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa volveremos más adelante.

## 2. LA SUMMA DIVISIO EN COLOMBIA

La Constitución colombiana también presupone la distinción entre el derecho público y el derecho privado, por ejemplo, en las siguientes disposiciones: Art. 76 (la intervención en el espectro electromagnético está a cargo de un organismo de derecho público); Art. 122, Art. 123, Art. 124, Art. 126, Art. 129, Art. 130, Art. 264, Art. 299 (servidores públicos); Art. 15, Art. 23, Art. 41, Art. 45, Art. 48, Art. 49, Art. 69 (entidades privadas); Art. 150 numeral 7, Art. 189 numerales 13 y 17, Art. 300 numeral 7, Art. 305 numerales 5 y 13 (establecimientos públicos); Art. 49, Art. 56, Art. 106, Art. 150 numeral 23, Art. 189 numeral 22, Art. 289, Art. 302, Art. 311, Art. 315 numeral 3, Art. 319, Art. 334, Art. 356 (servicios públicos); Art. 335, Art. 336, Art. 355 inc. 2 (interés público); Art. 58 (interés privado); Art. 52, Art. 334 inc. 1, Art. 345 inc. 2, Art. 350, Art. 366 (gasto público); Art. 371 (el Banco de la República está organizado como persona jurídica de derecho público).

Más de 300 disposiciones normativas de rango inferior a la Constitución contienen el supuesto de hecho “derecho público” y otras en igual número incluyen el elemento “derecho privado”<sup>20</sup>. Ejemplos de estas son: Art. 8 de la Ley 160 de 1994, Art. 242-1 de la Ley 1943 de 2018, Art. 120 de la Ley 418 de 1997, Art. 98 de la Ley 488 de 1998, Art. 307 de la Ley 1564 de 2012

---

srecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen –Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen–”, *ZaöRV*, núm. 67, 2007, pp. 395 y ss.

18 DIRK EHLERS, Comentario al Art. 40VwGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (SCHOCH/SCHNEIDER/BIER), München, Beck, 2018 (septiembre), párrafo 28.

19 Sozialgesetzbuch, SGB.

20 Consulta en la base de datos jurídica Vlex.

(entidades de derecho público); Art. 26 n.º 3 de la Ley 100 de 1993 (régimen del derecho público); Art. 19, Art. 20, Art. 21 de la Ley 99 de 1993, Art. 68, Art. 85, Art. 93, Art. 94 No. 4 de la Ley 489 de 1998, Art. 3, Art. 27, Art. 30 del Decreto 588 de 2017, Art. 32 de la Ley 80 de 1993, Art. 2 numeral 2 lit. e de la Ley 1150 de 2007, Art. 32 de la Ley 142 de 1994, Art. 461 inc. 2 del Decreto 410 de 1971, Art. 3 numeral 10 y 13, Art. 15 de la Ley 1615 de 2013, Art. 31, Art. 48, Art. 54, Art. 56, Art. 91 de la Ley 795 de 2003 (normas, reglas o régimen del derecho privado); Art. 1 de la Ley 1150 de 2007, Art. 24 numerales 6, 8, Art. 31, Art. 38 de la Ley 617 de 2000, Art. 15, Art. 26 de la Ley 1174 de 2011 (recursos públicos).

El Art. 104 CPACA<sup>21</sup> prevé una cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa con un criterio “mixto”<sup>22</sup> que combina el criterio orgánico con el criterio material de la función administrativa. El Art. 104 inc. 1 CPACA instituye que la jurisdicción de lo contencioso administrativa es competente para conocer: “de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

La determinación del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa no está supeditada a la definición del supuesto de hecho “derecho público” sino que hace referencia al “derecho administrativo” para separarlo de la actividad legislativa y la judicial<sup>23</sup>. La inclusión de este elemento material refleja una de las recomendaciones del seminario llevado a cabo por el Consejo de Estado en Paipa del 12 al 14 de febrero de 2008:

Un elemento de análisis es tener en cuenta que es de raigambre constitucional la ecuación “Derecho público = jurisdicción administrativa”, con las excepciones o salvaguardas que se requieran y la consagración de normas expeditas que permitan solucionar los conflictos en caso de ambigüedad<sup>24</sup>.

21 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

22 ALBERTO MONTAÑA PLATA, Comentario al Art. 104, en *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011): comentado y concordado*, 2ª ed. (JOSÉ LUIS BENAVIDES, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 309 y ss.

23 JUAN PABLO CÁRDENAS, “El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Consejo de Estado), Bogotá, Contraloría General de la República-Consejo de Estado, 2011, p. 282.

24 Memorias del Congreso, citadas por JUAN PABLO CÁRDENAS, *ibidem*, p. 281.



El proyecto de ley<sup>25</sup> mantuvo la adopción de un criterio material para determinar el objeto de la jurisdicción: de acuerdo con el Art. 100 de dicho proyecto, la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios sujetos al derecho administrativo originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones administrativas en los que estén involucradas las entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones propias del Estado<sup>26</sup>.

De acuerdo con Montaña Plata, es difícil determinar cuándo una materia está sujeta al derecho administrativo, lo cual ocasiona problemas interpretativos<sup>27</sup>. Por lo demás, esta referencia no ha tenido utilidad práctica<sup>28</sup>, ya que la competencia de la jurisdicción se ha resuelto acudiendo a normas especiales, como la del Art. 33 de la Ley 142 de 1994 (prestadores de servicios públicos), y a los criterios especiales del Art. 104 inc. 2 numerales 1-7 CPACA.

La sola vigencia de la cláusula general podría excluir, como lo advierte Expósito, la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativa de los procesos relativos a contratos celebrados por las entidades públicas sometidos al derecho privado<sup>29</sup>. No obstante, en la regla especial del Art. 104 inc. 2 numeral 2 CPACA se establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativa es competente para conocer de los procesos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su origen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”. Esta disposición tiene la misma pretensión de consideración unívoca de los contratos que subyace en el *obiter dicta* del auto<sup>30</sup> del Consejo de Estado de 20 de agosto de 1998. Allí, el Consejo de Estado, para responder la cuestión procesal de su competencia para conocer de las controversias contractuales de las entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación de la

25 Congreso de la República, “Proyecto de ley número 198 de 2009 Senado”, en *Gaceta del Congreso*, 17 de noviembre de 2009, n.º 1173, pp. 1 y ss.

26 *Ibidem*, p. 16.

27 ALBERTO MONTAÑA PLATA, Comentario al Art. 104, *op. cit.*, p. 310.

28 *Ibidem*, pp. 310 y ss.

29 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, “El contencioso contractual: vicios jurisprudenciales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 4, 2010, p. 172.

30 Consejo de Estado, Sección 2, Auto del 20 de agosto de 1998, Exp. 14202.

Administración Pública, determinó que los contratos estatales<sup>31</sup>, con fundamento en el Art. 75 de la Ley 80 de 1993, constituían una sola categoría jurídica denominada “contratos estatales” que comprendía tanto los contratos propiamente dichos (contratos regidos por la Ley 80 de 1993) como los contratos especiales (contratos que se rigen por el derecho privado)<sup>32</sup>. La categoría unitaria “contratos estatales”, que nació como una solución procesal al problema jurídico del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, ha tenido efectos intrincados en la determinación del procedimiento de celebración, de la forma y el contenido del contrato<sup>33</sup>.

El Art. 104 CPACA ya no vincula el objeto de la jurisdicción al elemento “contratos estatales”, definido en el Art. 2 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, como lo hacía el Art. 75 de la misma ley; sino al supuesto “contratos en los que sea parte una entidad pública” que es definida en el Art. 104 párrafo CPACA.

El estado actual de la legislación ha originado, por ejemplo, que aunque las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50 %), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50 %) que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, no son entidades estatales, por disposición del Art. 93 de la Ley 1474 de 2011 (que modificó el Art. 14 de la Ley 1150 de 2007, que a su vez modificó en este sentido el Art. 2 numeral 1 de la Ley 80 de 1993), y sus contratos no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; los procesos relativos a sus contratos sí son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por ser entidades públicas en los términos del Art. 104 párrafo CPACA.

---

31 Sobre la importancia de los contratos de la administración como instrumentos de materialización de competencias, *cf.* JORGE IVÁN RINCÓN, “Presentación. Los contratos administrativos como instrumentos de materialización de competencias”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (ALBERTO MONTAÑA PLATA, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 13 y ss.

32 JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, “Definición de ‘contratos estatales’. Contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales. Regulación del contrato suscrito con entidades estatales. Jurisdicción competente”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 139 y ss.

33 *Ibidem*, p. 147.

Una vez se ha comprobado que nuestros sistemas jurídicos presuponen la distinción entre derecho público y derecho privado, surge el interrogante sobre cuál es la justificación de esta diferenciación binaria del derecho.

## B. LA *SUMMA DIVISIO* Y SU ONTOLOGÍA

La respuesta al problema jurídico sobre cuál es la justificación de la diferenciación binaria del derecho en derecho público y derecho privado, exige el análisis de los criterios ordenadores de la *summa divisio*. Sobre este punto solo se van a presentar aquí sus líneas fundamentales.

En la clasificación entre derecho público y derecho privado se trata de diferenciar la categoría de los textos normativos y no de las relaciones jurídicas<sup>34</sup>. La ordenación de las controversias y de las relaciones jurídicas al derecho público o al derecho privado se orienta a la determinación de la naturaleza de las normas aplicables<sup>35</sup>.

Desde antaño se han formulado varias teorías que intentan explicar la división del ordenamiento jurídico en derecho público y en derecho privado. En este escrito se esbozarán tres teorías<sup>36</sup> que ordenan el sistema jurídico en derecho público o en derecho privado: la teoría subjetiva (2) y dos teorías que aplican criterios materiales, la “teoría de interés” y la teoría de la subordinación (1).

### I. CRITERIOS MATERIALES

De acuerdo con la teoría del interés, la distinción entre el derecho público y el derecho privado se efectúa teniendo en cuenta los intereses que son protegidos por el ordenamiento jurídico<sup>37</sup>. Al derecho público pertenecen todos aquellos preceptos normativos que están determinados para servir el

34 DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (HANS-UWE ERICHSEN *et al.*), 14ª ed., Berlín, De Gruyter, 2010, p. 140.

35 *Idem.*

36 Otros criterios pueden ser consultados en FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Derecho público más que derecho privado*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

37 Cfr. HELGE SODAN, Comentario al Art. 40 VwVGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (SODAN/ZIEKOW), 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018, párrafos 290-292; DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, *op. cit.*, p. 142; EDUARDO GARCÍA MAYNES, *Introducción al estudio del derecho*, 53ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 132.

interés general<sup>38</sup>. Si se protegen los intereses de los particulares, se trata de derecho privado<sup>39</sup>. Según la doctrina mayoritaria, esta tesis tendría su origen en la frase de Ulpiano: “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorem utilitatem*”. Sobre esta fuente volveremos más adelante.

La teoría del interés es criticada porque se observa que los negocios jurídicos entre privados pueden tocar intereses públicos y los asuntos públicos pueden afectar los intereses de los particulares<sup>40</sup>. Por otra parte, el derecho privado también sirve a la organización de la vida en comunidad y, con ello, a la protección del interés general<sup>41</sup>.

Conforme a la teoría de la subordinación, el criterio que diferencia el derecho público del derecho privado es la relación de subordinación a la que está sometido el particular frente al Estado, en el que este último quiere vincular jurídicamente la voluntad del primero<sup>42</sup>. Mientras que el derecho privado está determinado por la relación de igualdad entre los sujetos, el derecho público está caracterizado por la relación de supraordenación del Estado frente a los particulares<sup>43</sup>. Entre los mayores defensores de la posición de superioridad del sujeto de derecho público se encuentra Otto Mayer<sup>44</sup>.

Kelsen advierte que la diferenciación entre el derecho público y el derecho privado se basa en una forma distinta de creación del derecho<sup>45</sup>. La posición jurídica de superioridad del Estado se debe a que el sistema jurídico

38 HEINZ KUMMER, “Öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung”, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 10, 1944, p. 47; PETER WYSK, Comentario al Art. 40 VwGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (WYSK), 2ª ed., München, C. H. Beck, 2016, párrafo 96; HERIBERT SCHMITZ, “Comentario al Art. 1 VwVfG”, en *Verwaltungsverfahrensgesetz* (STELKENS/BONK/SACHS), 9ª ed., München, C. H. Beck, 2018, párrafo 96; DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, *op. cit.*, p. 142; FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Derecho público más que derecho privado*, *op. cit.*, p. 31; EDUARDO GARCÍA MAYNES, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.*, p. 132.

39 HELGE SODAN, *op. cit.*, párrafos 290-292; PETER WYSK, *ibidem*; HERIBERT SCHMITZ, *ibidem*; DIRK EHLERS, *ibidem*; FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *ibidem*; EDUARDO GARCÍA MAYNES, *ibidem*.

40 HELGE SODAN, *ibidem*.

41 *Idem*.

42 *Ibidem*, párrafo 293-298; HERIBERT SCHMITZ, *op. cit.*, párrafo 95; FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 34; EDUARDO GARCÍA MAYNES, *op. cit.*, p. 134.

43 *Ibidem*.

44 HEINZ KUMMER, *op. cit.*, p. 50.

45 HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 181 y ss.

le confiere a los órganos del Estado la facultad de obligar a los individuos por medio de decisiones unilaterales<sup>46</sup>. Por otro lado, también se juzga esta teoría porque la igualdad no distingue todo el derecho privado; así por ejemplo, las relaciones entre el padre y el hijo, entre el empleador y el trabajador o entre el miembro de una asociación y los órganos de gobierno de la misma parten de la desigualdad<sup>47</sup>.

En el derecho público también hay igualdad entre los sujetos jurídicos<sup>48</sup>. Ejemplo de ello son los contratos interadministrativos<sup>49</sup>. La igualdad, entonces, no es privativa del derecho privado<sup>50</sup>. Esta teoría tampoco explica la calificación de los actos reales de la Administración, como por ejemplo, la comunicación de informaciones a los particulares, que no está determinada por la relación de supraordenación/subordinación entre el Estado y los individuos<sup>51</sup>. Por otro lado, centrarse en la relación Estado-ciudadano hace que no se pueda incluir, en este análisis, el derecho de organización administrativa<sup>52</sup>. Se reprueba, adicionalmente, el punto de partida de la teoría de la subordinación: el dogma de la soberanía del Estado absolutista que estaba caracterizado por la superioridad del soberano<sup>53</sup>.

## 2. TEORÍA DEL DERECHO ESPECIAL DEL ESTADO (TEORÍA SUBJETIVA)

En vista de las críticas formuladas a las teorías materiales, Hans Julius Wolff desarrolló una teoría subjetiva para explicar la división del ordenamiento jurídico en derecho público y en derecho privado.

Para la teoría subjetiva, también llamada teoría del derecho especial del Estado, la diferencia entre el derecho privado y el derecho público radica en los destinatarios de los preceptos normativos: aquellos que están dirigidos al

---

46 *Ibidem*.

47 FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; DIRK EHLERS, Comentario al Art. 40 VwGO, *op. cit.*, p. 142.

48 FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 35.

49 *Idem*.

50 *Idem*.

51 DIRK EHLERS, "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat", *op. cit.*, p. 143.

52 HELGE SODAN, *op. cit.*, párrafo 294.

53 *Ibidem*, párrafo 295.

Estado o a los particulares junto al Estado pertenecen al derecho público<sup>54</sup>. Por el contrario, los preceptos de derecho privado tienen por destinatarios a los particulares; es decir, que les atribuyen derechos o les imponen obligaciones a los privados<sup>55</sup>.

Para la teoría subjetiva, el derecho público es “el término que agrupa aquellos preceptos normativos de los cuales el sujeto a quienes obliga o autoriza es exclusivamente el Estado u otro titular de poder soberano”<sup>56</sup>.

La dogmática evidenció que la vertiente formal de la teoría subjetiva no era suficiente para diferenciar el derecho público del derecho privado, ya que la mayoría de textos normativos, por ejemplo los derechos fundamentales, están destinados tanto al Estado como a los particulares<sup>57</sup>. Por otra parte, la Administración puede actuar también como un sujeto de derecho privado y un particular puede obrar investido de funciones administrativas<sup>58</sup>. Por lo demás, hay normas que están dirigidas tanto a particulares como a titulares del poder público<sup>59</sup>.

Por los reproches contra el criterio formal, la teoría subjetiva ha sido reducida con un criterio material<sup>60</sup>. Según la teoría subjetiva material o teoría subjetiva modificada, del derecho público hacen parte todas aquellas prescripciones normativas en las que el sujeto al que se adscribe la norma es, por lo menos, un titular de poder estatal como tal; esto es, que está obligado o habilitado<sup>61</sup>.

Debido a las censuras que han suscitado las teorías que explican la división entre el derecho público y el derecho privado, se propone aplicarlas de forma combinada<sup>62</sup>. En todo caso es un hecho incontestable que ninguno de los criterios se ha logrado imponer<sup>63</sup>.

---

54 DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, *op. cit.*, p. 143; FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 38.

55 *Idem.*

56 HELGE SODAN, *op. cit.*, párrafo 300.

57 DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, *op. cit.*, p. 144.

58 HELGE SODAN, *op. cit.*, párrafo 301.

59 *Idem.*

60 DIRK EHLERS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, *op. cit.*, p. 147.

61 *Ibidem.*

62 *Ibidem*, pp. 148 y ss.

63 FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 45.

Una de las deficiencias metodológicas es la falta de claridad de la justificación ontológica de la *summa divisio*<sup>64</sup>. En especial, se pregunta si es una construcción con vocación de universalidad<sup>65</sup>. La respuesta a estas cuestiones se puede encontrar analizando el origen histórico del binomio derecho público–derecho privado (véase *infra*).

## II. DERECHO PÚBLICO MÁS DERECHO PRIVADO

De acuerdo con Bullinger, es necesario configurar un derecho común que no pretenda eliminar la diferenciación entre el derecho público y el derecho privado, sino mantenerla como denominaciones de disciplinas académicas de la ciencia jurídica (como ocurría en el siglo XVII) y más bien, colocar en primer plano denominaciones especiales, como derecho constitucional y derecho administrativo, derecho de familia y derecho de bienes, derecho económico y derecho comercial<sup>66</sup>.

La tesis sobre el derecho común está fundamentada en varios argumentos: la dificultad de trazar una línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado (véase *ad supra*), el desarrollo histórico del derecho público y privado (A), que comprueba que el dualismo estricto entre estas dos ramas del derecho se consolidó de forma relativamente tardía –siglos XVIII y XIX– y los resultados de la comparación jurídica, que muestra una idea débil de separación entre estos dos subsistemas. Estos razonamientos han sido retomados por el movimiento de reforma del derecho administrativo que propugna por la configuración de un sistema jurídico total con ordenamientos de “recepción” que se complementan y se apoyan recíprocamente (B).

### A. LA *SUMMA DIVISIO*: PARTE DE UN DERECHO COMÚN

Con base en el estudio de la génesis de la división entre el derecho público y el derecho privado, Bullinger, en su clase inaugural en la Universidad de Friburgo en 1966, formuló la tesis según la cual “esta distinción no se trata de una dicotomía válida para todos los tiempos o preestablecida para todos los sistemas jurídicos, sino de una expresión cambiante y condicionada por

64 *Idem*.

65 *Ibidem*, pp. 45 y ss.

66 MARTIN BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 116.

la época a materias distintas y limitadas”<sup>67</sup>. Esta conclusión, fruto de su análisis histórico, ha sido aceptada por autores del movimiento de reforma del derecho administrativo<sup>68</sup>. A continuación, se va a describir, en sus líneas fundamentales, esta argumentación histórica.

#### I. LA GÉNESIS DE LA *SUMMA DIVISIO* EN LA TEORÍA DE BULLINGER

De manera general se puede afirmar que la distinción entre el derecho público y el derecho privado se consolidó tardíamente en el siglo XIX y está circunscrita geográficamente, en su origen, a las culturas jurídicas continentales europeas<sup>69</sup>.

Desde el punto de vista histórico, la delimitación conceptual entre el derecho público y el derecho privado es conocida desde el redescubrimiento del derecho romano, y en especial, de la frase de Ulpiano contenida en el Digesto<sup>70</sup> I, 1, 2 producto del período posclásico<sup>71</sup>. De acuerdo con esta fuente, dentro del derecho deben diferenciarse dos ramas: el derecho público y el derecho privado. El primero, es el que concierne a la Administración del Estado. Mientras que el segundo, se refiere a la utilidad de los particulares.

67 MARTIN BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Kohlhammer, Berlin, 1968, p. 75.

68 Véase, p. ej., WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM & EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 264.

69 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM & EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 41.

70 D I, 1, 1 y 2: “I. ULPIANUS libro primo institutionum. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

§ 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet, iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

§ 2. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est, collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.”

71 HEINZ KUMMER, *op. cit.*, p. 311.



A pesar de ello, se debe aclarar que los romanos no consideraban su ordenamiento jurídico como dividido en estas dos categorías<sup>72</sup>.

La fórmula de Ulpiano fue un catalizador, pero no la causa principal de la implantación de la *summa divisio*<sup>73</sup>. A pesar de que esta adquirió un significado político, práctico y sistemático a partir del siglo XVI<sup>74</sup>, fue en los siglos XVIII y XIX en los que pasó de ser concebida como una dicotomía analítica para ser tratada como una diferencia antinómica política<sup>75</sup>, basada en la oposición entre el Estado y la sociedad, entre la comunidad y el individuo, entre el ordenamiento político y la libertad de los ciudadanos<sup>76</sup>. Es difícil precisar una fecha exacta para esta transición; esta también varía de acuerdo con el Estado y su constitución económica y política<sup>77</sup>.

Los objetivos de la división entre el Estado y la sociedad fueron, de acuerdo con Bullinger, principalmente dos: socavar los fundamentos de las monarquías absolutistas y separar el derecho público del derecho privado<sup>78</sup>. El primero de los objetivos, esto es, debilitar los poderes estatales de las monarquías absolutistas, se logró imponiéndoles límites desde el punto de vista procesal y sustancial<sup>79</sup>.

Desde una perspectiva sustancial, con fundamento en el interés general —y no en las ventajas particulares—, como parámetro de actuación, los funcionarios públicos estaban sometidos a control de tutela y podían ser removidos en cualquier tiempo<sup>80</sup>. Esta última medida ya existía desde el siglo XVI, pero fue a partir del siglo XIX que se generalizó<sup>81</sup>.

Desde la óptica procesal, la competencia de los jueces se restringió a las cuestiones de derecho privado; esto es, a las controversias entre particulares y

72 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 46; Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 12.

73 MICHAEL STOLLEIS, *Ibidem*, p. 60.

74 MARTIN BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 16.

75 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 55.

76 HEINZ KUMMER, *op. cit.*, p. 314.

77 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 55.

78 MARTIN BULLINGER, “Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart”, en *Beiträge zum Handels und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag* (MANFRED RITTNER, ed.), München, Beck, 1991, p. 72.

79 *Idem*.

80 *Ibidem*, p. 73.

81 *Idem*.

a las disputas entre los particulares y el Estado<sup>82</sup>. Esto no era obstáculo para que el Estado pudiera participar en el tráfico jurídico general, por ejemplo, mediante contratos de compraventa de inmuebles<sup>83</sup>. Para impedir el control del poder estatal por parte de los jueces, el control de la Administración era efectuado por instituciones integradas al ejecutivo con representantes de las reformas. Esto, porque “los reformadores temían [...] que los jueces civiles podrían considerar que su función principal, conforme a su tarea normal y su mentalidad, era la protección de los derechos de los particulares”<sup>84</sup>. Las reformas que pretendían eliminar privilegios de una economía y un orden social libre, estarían en peligro ante la aplicación de una jurisprudencia que establecía que las intervenciones estatales en los derechos legítimamente adquiridos debían ser indemnizadas<sup>85</sup>.

Para delimitar la competencia de la jurisdicción civil, era imprescindible la división entre el derecho público y el derecho privado<sup>86</sup>. Para promover su separación primero fue proclamada la autonomía del derecho privado<sup>87</sup>. Los fundamentos de dicha autonomía fueron las libertades de los ciudadanos, especialmente la libertad contractual, la libertad de conciencia y la libertad de empresa<sup>88</sup>.

La nueva semántica de libertad (*libertas naturalis*) fue incluida dentro de la finalidad del bien común (*bonum commune*) atribuida al Estado<sup>89</sup>. Las declaraciones de los derechos de los ciudadanos y el principio de separación de poderes exigieron una delimitación clara del derecho privado para marcar el campo garantizado por la libertad y la propiedad de los particulares y que debía ser asegurado frente a intervenciones administrativas<sup>90</sup>.

Las distintas materias que conforman el ordenamiento jurídico se clasificaron en los dos polos contrapuestos: Estado y sociedad<sup>91</sup>. El derecho privado corresponde al campo de la sociedad con la función de protección

---

82 *Ibidem*, p. 72.

83 *Ibidem*, p. 75.

84 *Ibidem*, p. 72.

85 *Ibidem*, pp. 72 y ss.

86 *Ibidem*, p. 73; MARTIN BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 75.

87 HEINZ KUMMER, *op. cit.*, p. 312.

88 *Ibidem*.

89 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 55.

90 *Ibidem*, p. 56.

91 *Ibidem*, p. 60.

del campo social autónomo, la libertad de conciencia, la libertad contractual y la libertad de empresa<sup>92</sup>. Por oposición a este, el derecho público estaría atribuido al Estado soberano<sup>93</sup>.

El derecho público fue sometido al derecho privado, en la medida que las instituciones del derecho privado poco a poco penetraron en la doctrina de la persona jurídica estatal, de la ciudadanía, del derecho público subjetivo, de las entidades descentralizadas por servicios, del acto administrativo, etcétera<sup>94</sup>. Esto hizo que el derecho público no hubiera crecido de forma independiente sino a partir de compromisos entre conceptos e instituciones de derecho público con aquellos propios del derecho privado<sup>95</sup>. Es lo que se conoce como la tendencia a la privatización del derecho público<sup>96</sup>.

## 2. ESBOZO DE LAS FORMAS Y CONSECUENCIAS DE LA *SUMMA DIVISIO* DESDE LA TRANSICIÓN DEL SIGLO XIX AL AÑO 1945<sup>97</sup>

Como lo afirma Radbruch<sup>98</sup>, los términos “derecho privado” y “derecho público” son apriorísticos. Esto significa que la relación entre los dos depende de valoraciones ideológicas y de cambios históricos<sup>99</sup>.

Las valoraciones ideológico-políticas, que determinaron el contenido del derecho público y del derecho privado, en la transición del siglo XIX están influidas por su contexto histórico: la situación de desigualdad, presente en el tejido social, provocada por la economía liberal que propiciaba una industrialización rápida y extensa en la que masas de gente necesitadas, provenientes del campo, buscaban trabajo en condiciones insalubres de Berlín, Viena o

---

92 GERRIT MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, p. 112; HEINZ KUMMER, *op. cit.*, pp. 313 y ss.

93 GERRIT MANSSEN, *op. cit.*, p. 112.

94 HEINZ KUMMER, *op. cit.*, p. 313.

95 *Idem.*

96 *Idem.*

97 El esbozo de las líneas fundamentales de carácter histórico se traza hasta 1945, ya que la configuración normativa de la *summa divisio* en el derecho actual, determinada por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, ya fue enunciada en el primer apartado de este escrito.

98 GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, p. 120

99 *Ibidem.*

San Petersburgo, fue propicia para que fueran aceptadas teorías políticas influidas por la ideología de Karl Marx y Friedrich Engels<sup>100</sup>.

La propaganda del ideal de distribución justa de la riqueza y de construir una nueva sociedad igualitaria, y la acometida contra el carácter explotador del capitalismo, tenían un gran atractivo para muchos de los integrantes de la clase obrera<sup>101</sup>. La estrategia del socialismo en las zonas menos favorecidas económicamente de Europa fue la acción parlamentaria<sup>102</sup>. Poco antes del estallido de la Primera Guerra Mundial, en la mayoría de países europeos, los partidos socialistas y otros movimientos de tipo diverso habían ganado apoyo popular<sup>103</sup>. En Francia, la *Section Française de l'Internationale Ouvrière* había obtenido el 17 % del voto popular y, con ello, 103 escaños en la Cámara de los Diputados del Parlamento<sup>104</sup>. En Alemania, en las elecciones al Parlamento (Reichstag) el Partido Social Demócrata, unido retóricamente a la doctrina marxista, obtuvo más votos que ningún otro partido y, con ello, un tercio de los escaños<sup>105</sup>.

La amenaza, que representaba para los líderes europeos la clase obrera revolucionaria, se agudizó en 1905 con la oleada de huelgas y turbulencias<sup>106</sup>. En Rusia, el Zar reprimió la revolución que fue violentamente sofocada<sup>107</sup>. En los otros países, se intentó “nacionalizar’ a las masas, inspirar en ellas sentimientos de reafirmación nacionalista, imperialista y racista con la intención de favorecer el *statu quo* político”<sup>108</sup>.

---

100 IAN KERSHAW, *Descenso a los infiernos: Europa 1914-1949* (JUAN RABASEDA y TEÓFILO DE LOZOYA, trads.), Barcelona, Editorial Planeta, 2015, pp. 41 y ss. Sobre esta situación social, *cfr.* también MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 3: 1914-1945, München, Beck, 1999, p. 44.

101 IAN KERSHAW, *op. cit.*, p. 43.

102 *Ibidem*, p. 44.

103 *Idem*.

104 *Ibidem*, pp. 43 y ss.

105 *Ibidem*, p. 43.

106 *Ibidem*, p. 45.

107 *Ibidem*.

108 *Ibidem*, p. 46.

En la Primera Guerra Mundial<sup>109</sup> el Estado intervencionista, desarrollado a finales del siglo XIX<sup>110</sup>, recibió un fuerte impulso y el derecho público y el derecho privado se mezclaron en un nuevo derecho de la comunidad<sup>111</sup>. La línea que separaba el Estado y la sociedad se diluyó<sup>112</sup>.

La relativización de la separación entre Estado y sociedad fue más evidente en la transición a la República, en la que la oposición entre el Estado monárquico y la sociedad no era adecuada a las circunstancias históricas de la época: la sociedad civil formaba el Estado —de la sociedad industrializada—, desde la concepción teórica del principio democrático, por la vía del Parlamento y los partidos políticos<sup>113</sup>. El Parlamento podía intervenir utilizando instrumentos de derecho público o de derecho privado o una mezcla de los dos. Es lo que en la doctrina contemporánea se ha denominado el abuso<sup>114</sup> de las formas jurídicas. Se desarrolló la doctrina del derecho social, en la que la relación entre el derecho público y el derecho privado era totalmente antagónica a la sostenida por el liberalismo en el siglo XIX y se deriva de la esencia del derecho social<sup>115</sup>. Argumentando, entre otras razones, la necesidad de proteger económicamente a los débiles y en el nombre de la comunidad (“*Gemeinschaft*”), se remplazó la idea liberal de igualdad (“*IGleichheit*”) por el concepto social de equiparación (“*Ausgleich*”) y en lugar de justicia conmutativa se hablaba de justicia distributiva<sup>116</sup>. Debido a que la equiparación mediante la justicia distributiva exigía una posición de supremacía sobre los particulares, y del derecho público sobre el derecho privado<sup>117</sup>.

Con respecto al derecho objetivo, se denota una tendencia a la publicación del derecho privado, especialmente en la pretensión de llenar los

---

109 Sobre la ideologización y totalización de la guerra, la mecanización de la muerte mediante modernas técnicas de guerra, como gas venenoso, de asesinatos en masa de la población civil representantes del pensamiento equivocado y la opuesta prestación de servicios sociales y técnicas de influencia para estabilizar las masas en la patria, *cfr.* MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

110 Sobre este punto, *cfr.* MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

111 MICHAEL STOLLEIS. “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 58.

112 *Idem.*

113 *Idem.*

114 CHRISTIAN PESTALOZZA, *Formenmissbrauch des Staates*, München, Beck, 1973, p. 197.

115 GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, *op. cit.*, p. 121.

116 *Idem.*

117 *Ibidem*, pp. 121 y ss.

derechos subjetivos de los particulares con obligaciones de contenido social<sup>118</sup>. Así, por ejemplo, en el Art. 153 inc. 3 de la Constitución de Weimar<sup>119</sup> sobre el derecho a la propiedad se instituyó: “La propiedad obliga. Su uso debe estar al mismo tiempo al servicio para el bienestar general”.

El nacionalsocialismo acentuó el proceso de pérdida de relevancia en la separación entre el derecho público y el derecho privado por medio de la figura del colaborador de la Administración (Indienstnahme Privater o Inpflichtnahme Privater).

Como se observa, la separación entre Estado y sociedad, así como la dicotomía entre derecho público y privado, en la transición del siglo XIX y en el siglo XX fue refutada en el campo del pensamiento jurídico y de la ideología de la época<sup>120</sup>.

## B. LA *SUMMA DIVISIO*: PARTE DE UN ORDENAMIENTO TOTAL

Teniendo en cuenta los argumentos históricos, ya *enunciados*, y *los elementos comunes de derecho constitucional (1) de la summa divisio*, el movimiento de reforma del derecho administrativo defiende un tratamiento del derecho público y del derecho privado como parte de un sistema jurídico total con ordenamientos de “recepción” que se complementan y se apoyan recíprocamente (2)<sup>121</sup>.

### I. LA *SUMMA DIVISIO* Y SU SUJECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Hoy en día, la *summa divisio* pretende brindar una justificación no solo a campos del derecho que ya están consolidados, sino también a aquellos en los cuales los lineamientos de la relación entre el Estado y los particulares están sufriendo modificaciones, en especial, en aquellos en los que los

118 *Ibidem*, p. 122

119 Die Verfassung des Deutschen Reichs („Weimarer Reichsverfassung“) del 11 de agosto de 1919 (Reichsgesetzblatt 1919, p. 1383) [traducción libre de la autora].

120 MICHAEL STOLLEIS, “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates”, *op. cit.*, p. 58.

121 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 8.

privados realizan actividades de suministro<sup>122</sup> de bienes y prestaciones de servicios que se realiza mediante la cooperación entre los particulares y la Administración<sup>123</sup>.

La precisión del campo de acción estatal y de los particulares en el campo del suministro público se fundamenta —en Alemania— principalmente en la dualidad existente entre libertades fundamentales, idea estructural del sistema de decisiones de los particulares, y competencias, idea esencial del sistema de decisiones públicas<sup>124</sup>. La configuración de la medida de actuación del Estado en el campo del suministro público también está determinada por mandatos constitucionales como el Estado social democrático de derecho y las obligaciones de protección derivadas de los contenidos de derechos fundamentales<sup>125</sup>. Para Pielow, en Francia esta medida se basa, por el

---

122 La denominación “suministro público” (*öffentliche Versorgung*) funge como un término objetivo aplicable a los ordenamientos jurídicos, libre de las categorías terminológicas jurídicas propias de los Estados europeos —servicio público, *service public*, *Daseinvorsorge*, *public utilities*, *servizio pubblico*— (CHRISTIAN PIELOW, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 7). Esta perspectiva se sirve del método de comparación jurídica funcional. En este orden de ideas, y concordante con la comunicación de la Comisión Europea sobre “*Daseinvorsorge*” (prestaciones que están orientadas a la satisfacción del interés general) en Europa, Pielow (*Ibidem*, pp. 16 y ss.) formuló cuatro elementos estructurales de la definición del término “suministro público”: el interés público, la universalidad, la economía de suministro y competencia y la regulación:

El interés público hace referencia a la puesta a disposición de bienes y servicios sobre los cuales existe un interés general determinado por la satisfacción de necesidades elementales para la vida de los particulares, así como por el funcionamiento de la comunidad local, regional o estatal (*ibidem*, p. 16). Los bienes, servicios y prestaciones fundamentales, aludidos, corresponden a aquellos con los que se vincula tradicionalmente a la economía de suministro; esto es, gas, energía, transporte público, agua, servicios postales, radio, telecomunicaciones, salud, basuras y aguas residuales (*ibidem*, p. 285).

El fundamento estructural de la universalidad alude a la garantía de toda persona a acceder a los bienes y prestaciones de servicios existenciales (*ibidem*, p. 16). La economía de suministro consiste en que la puesta a disposición, en interés general, de los bienes, servicios y prestaciones básicos se realiza a cambio de una contraprestación (*ibidem*, p. 16). En ella, no hay un incentivo para que el mercado se desarrolle en libre competencia; en especial, por los altos requerimientos de inversión, por los que las prestaciones deficitarias harían que el proyecto no fuera rentable (*ibidem*, p. 16). Como consecuencia de los determinantes de interés público y de restricción de libre competencia, es imperativo que el Estado se reserve la actividad de regulación que se ejerce mediante control, dirección y en ciertas circunstancias, por medio de incentivos para la autoregulación (*ibidem*, p. 17).

123 FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 29.

124 CHRISTIAN PIELOW, *op. cit.*, p. 471.

125 *Idem*.

contrario, exclusivamente en la interpretación y concretización de mandatos constitucionales y en la fundamentación de las competencias públicas<sup>126</sup>.

El movimiento de reforma de derecho administrativo, liderado por Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, analizó sistemáticamente la interpretación de la dogmática y los retos de la ciencia del derecho administrativo<sup>127</sup>. Uno de los temas estudiados por el movimiento de reforma es la separación tradicional entre derecho público y derecho privado<sup>128</sup>.

Aunque se constatan tendencias de acercamiento entre el derecho público y el derecho privado, consistentes en la publicación del derecho privado y en la privatización del derecho público<sup>129</sup>, el movimiento de reforma del derecho administrativo ha planteado que la relación entre el derecho público y el derecho privado no es su separación estricta ni la fusión de ambos ordenamientos en un derecho unitario<sup>130</sup>.

Al derecho administrativo privado, en el que el análisis de la dogmática se concentra en la vinculación de la Administración a la Constitución cuando esta actúa en formas de derecho privado, se agrega un derecho privado administrativo, que tiene en cuenta la necesidad de protección de los particulares cuando sus actuaciones están asociadas a la Administración<sup>131</sup>. Soluciones para estas cuestiones ya han sido desarrolladas para el caso de los particulares que cumplen tareas públicas o estatales y de los colaboradores de la Administración<sup>132</sup>.

Se entiende el derecho público y el derecho privado como ordenamientos de “recepción” que se complementan y se apoyan recíprocamente<sup>133</sup>. Esta tesis se fundamenta en los elementos comunes de derecho constitucional de las dos ramas del derecho.

---

126 *Idem*

127 CHRISTIAN RÖHL, *op. cit.*, p. 24.

128 *Idem*.

129 Sobre este tema, *cfr.*, p. ej., HEINRICH DE WALL, *op. cit.*, pp. 29 y ss; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 277 ss.

130 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 23.

131 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlín, Springer, 1998, p. 296.

132 *Idem*.

133 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 8.



El derecho público y el derecho privado son dos regímenes dentro de un mismo ordenamiento constitucional<sup>134</sup>. El Estado de derecho se garantiza mediante la totalidad<sup>135</sup> (que no significa unidad) del derecho público y del derecho privado<sup>136</sup>.

Tanto el derecho público como el derecho privado tienen un mandato común: configurar el sistema jurídico mediante el derecho<sup>137</sup>. La apertura del término de bien general corresponde a la totalidad del mandato común que trasciende la dicotomía de la *summa divisio*<sup>138</sup>.

En vista del mandato común de los dos subsistemas, todas las antinomias marcadas por ideologías que determinan la separación entre el derecho público y el derecho privado, como libertad versus imposición o intereses individuales versus bien común, son erróneas<sup>139</sup>. Se cuestiona, así, la separación estricta clásica entre Estado y sociedad como fundamento para configurar el sistema jurídico<sup>140</sup>.

Tanto el derecho público como el derecho privado están sujetos a la Constitución<sup>141</sup>. La división determinante no es entre derecho público y derecho privado sino entre Constitución y derecho ordinario<sup>142</sup>. Por ello, la Constitución es un ordenamiento marco para el legislador del sistema de derecho privado<sup>143</sup>.

Ambos subsistemas normativos tienen en común la finalidad de asegurar su independencia como ordenamientos legales frente a consecuencias llevadas al extremo por el principio de supremacía de la Constitución<sup>144</sup>.

---

134 *Ibidem*, p. 13.

135 WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 272.

136 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 13.

137 *Idem*.

138 *Idem*.

139 FRANZ BYDLINSKI, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichen Recht, en *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 194, 1994, p. 322.

140 CHRISTIAN RÖHL, *op. cit.*, p. 24.

141 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 13.

142 *Ibidem*, p. 14.

143 *Idem*.

144 *Idem*.

La Constitución establece mandatos normativos al derecho público y al derecho privado, pero ello no significa que el contenido de sus normas se deduzca de forma detallada de la Constitución<sup>145</sup>.

La función de protección de los derechos fundamentales es ejercida primeramente por el legislador<sup>146</sup>. Cuando este cumple esta función, la independencia de la legislación ordinaria y el margen de configuración legislativo tienen que ser respetados por la jurisdicción constitucional<sup>147</sup>.

La Constitución, en virtud del principio de supremacía, y en especial, de los derechos fundamentales, es determinante del poder configurador del legislador para concretizar el derecho ordinario, de derecho privado y de derecho público. También esta es una tarea concretizadora de la jurisdicción y de la ciencia<sup>148</sup>.

Tanto el derecho público como el derecho privado tienen, en síntesis, un mandato común: configurar el sistema jurídico mediante el derecho<sup>149</sup>.

## 2. LOS CAMPOS DE REFERENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS MODELOS DOGMÁTICOS CONFIGURADOS EN NIVELES

Se entiende el derecho público y el derecho privado como ordenamientos de “recepción” que se complementan y se apoyan recíprocamente<sup>150</sup>. De esta forma, el legislador incorpora instrumentos tanto de derecho público como de derecho privado de forma complementaria o coexistente<sup>151</sup>.

Conforme al movimiento de reforma, la presencia de elementos constitucionales comunes y el acercamiento entre el derecho privado y el derecho público, no debe hacer perder de vista que ambos tienen principios de actuación distintos<sup>152</sup>. Si uno de los dos subsistemas no puede satisfacer las necesidades de dirección y control con los instrumentos establecidos en su

---

145 *Idem.*

146 *Idem.*

147 *Idem.*

148 *Idem.*

149 *Ibidem*, p. 13.

150 *Ibidem*, p. 8.

151 CHRISTIAN RÖHL, *op. cit.*, p. 24.

152 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, *op. cit.*, p. 23.

marco legal ordinario, puede recurrir a los elementos del otro ordenamiento jurídico<sup>153</sup>. En ese sentido son recibidos o absorbidos por el otro<sup>154</sup>.

Se parte del supuesto de que la solución de los problemas sociales y la estructura de las tareas públicas no dependen de la división de la ciencia jurídica conforme a las dos disciplinas académicas<sup>155</sup>. El desarrollo urbano es, por ejemplo, un campo homogéneo dentro del cual tienen un papel importante el derecho urbano, el derecho de fomento a la construcción de vivienda, el derecho de contribuciones fiscales, el derecho inmobiliario privado, decisiones sobre licencias de construcción, contratos de la Administración (tanto de derecho público como de derecho privado)<sup>156</sup>.

La pregunta: ¿qué normas jurídicas vinculan a la Administración?, no está determinada por la diferenciación entre el derecho público y el derecho privado, sino por el contenido de la norma respectiva<sup>157</sup>. Esta es una cuestión de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, no es un problema de tipología administrativa<sup>158</sup>.

El movimiento de reforma plantea, en primer término, la necesidad de aprehender el derecho administrativo a partir del estudio de sus campos de referencia<sup>159</sup>: ejemplos de ellos son el derecho administrativo económico y de la regulación del mercado, el derecho administrativo de las prestaciones sociales<sup>160</sup>, el derecho administrativo de la ciencia y el derecho administrativo

---

153 *Ibidem*, p. 8.

154 *Idem*.

155 *Idem*.

156 *Idem*.

157 WALTER KREBS, “Der Städtebauliche Vertrag im Gefüge der allgemeinen Vertragslehren des Verwaltungsrechts”, en *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge. Vertragstypen und Vertragsrechtslehren* (SCHMIDT-ASSMANN/KREBS), 2ª ed., Köln, Deutsche Gemeinde Verlag, 1992, p. 143.

158 *Idem*.

159 Los campos de referencia son “aquellos campos del derecho administrativo especial que le da ejemplos y material casuístico para los enunciados del derecho general” (EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit., p. 8 [traducción libre de la autora]).

160 Sobre este tema, *cfr.* MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, *Rechtsstaatliche Anforderungen an den Verwaltungsvertrag am Beispiel der Schriftlichkeit des Vertrages*, Frankfurt am Main, Berlin, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft. Bd. 5232, 2011, 250 p.; MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 370 pp.

del medio ambiente<sup>161</sup>. El análisis en campos de referencia debe tener en cuenta las distintas tareas públicas y diferentes instrumentos jurídicos<sup>162</sup>.

El análisis de los campos de referencia permite derivar, en forma inductiva, de la comparación y generalización de los modelos normativos propios del campo de referencia específico, la doctrina general del derecho administrativo<sup>163</sup>. También las partes obtenidas en aplicación del método deductivo son puestas a prueba tomando ejemplos de los campos de referencia<sup>164</sup>.

El nuevo derecho administrativo estudia, en segundo lugar, la posición de las formas de actuación y los instrumentos de dirección de la Administración en el espectro de instrumentos y herramientas de gobierno. Es un estudio del derecho administrativo configurado como modelos en niveles. Ejemplos de ello es el análisis de los tipos de regulación en el espectro de actuación “entre autorregulación social y dirección estatal”, realizado por Hoffmann-Riem<sup>165</sup> y los tipos de contratos de la administración<sup>166</sup> en el espectro de cooperación del cumplimiento de tareas estatales y privadas, desarrollado por Krebs<sup>167</sup> y seguido por autores como Schmidt-Assmann, Schuppert y Bauer. En esa escuela se inscribe el trabajo de su discípula Seidenadel, quien desarrolló, con base en esta dogmática, un modelo en niveles de los contratos de la administración social<sup>168</sup>.

Una de las funciones principales del estudio de los instrumentos de la Administración en forma de niveles es permitir configurar una relación de

161 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (JAVIER BARNÉS, ed.), Sevilla, Global Law, 2012, p. 81; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

162 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, *op. cit.*, p. 81.

163 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 8.

164 *Ibidem*.

165 WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

166 Los contratos de la administración son aquellos contratos que celebra una entidad estatal para el cumplimiento de sus funciones con un particular (WALTER KREBS, “Der Städtebauliche Vertrag im Gefüge der allgemeinen Vertragslehren des Verwaltungsrechts”, *op. cit.*, pp. 136 y ss.). Los contratos estatales se caracterizan por el hecho de que por lo menos una parte contractual es una entidad estatal, independientemente (WALTER KREBS, “Konsensuales Verwaltungshandeln in Städtebaurecht”, *DöV*, 1989, p. 975).

167 WALTER KREBS, “Contratos y convenios entre la administración y particulares”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 18, junio del 2006, pp. 47 y ss.

168 ANJA SEIDENADEL, *Rechtliche Bindung der Sozialverwaltungsverträge*, Frankfurt, Peter Lang, 2010, p. 228.

intermediación jurídico-dogmática entre el derecho administrativo general y los campos de referencia del derecho administrativo especial, y no sobrevalorar –sino más bien relativizar– la separación clásica de Estado y sociedad y la diferenciación, fruto de ella, entre el derecho público y el derecho privado para el estudio del derecho administrativo<sup>169</sup>.

Krebs parte del supuesto de que, aunque la dogmática diferencia tradicionalmente entre contratos de derecho público y contratos de derecho privado y se han desarrollado varios criterios<sup>170</sup> para determinar la naturaleza de los contratos, ninguno de ellos aporta un elemento claro e inequívoco de diferenciación. Adicionalmente, en Alemania es comúnmente aceptado que los contratos de la Administración, tanto de derecho privado como de derecho público, tienen en común que fungen como una forma de actuación vinculada al ejercicio de competencias, por oposición a los contratos entre particulares que se fundamentan en la autonomía de la voluntad<sup>171</sup>. Ambos están vinculados a la Constitución y hay normas legales que no parten de esta diferenciación para determinar su campo de aplicación.

El movimiento de reforma postula independizar la aplicación del derecho de los contratos de la Administración de la división entre el derecho público y el derecho privado. Esto hablaría a favor de un tratamiento unívoco de los contratos de la Administración. La tesis, liderada por Walter Krebs y por Eberhard Schmidt-Assmann de concebir el derecho de los contratos de la Administración de forma total –presentada en el libro que escribieron conjuntamente sobre contratos de derecho urbano<sup>172</sup>–, y estructurado por Krebs en niveles jurídicos, encuentra un escollo dogmático<sup>173</sup> en el Art. 57

169 WALTER KREBS, “Contratos y convenios entre la administración y particulares”, *op. cit.*, p. 48.

170 Sobre estos criterios, *cfr.*, p. ej., MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

171 *Cfr.*, por ej., ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 245; WOLFGANG KAHL, “Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht”, en *DöV*, 2000, pp. 793 y ss.; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 29; JENS-PETER SCHNEIDER, “The Public-Private Law Divide in Germany”, en *The Public-Private Law Divide: Potential for transformation?* (MATTHIAS RUFFERT), Londres, British Institut of International and Comparative Law, 2009, p. 89.

172 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge. Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, 2ª ed., Köln, Deutsche Gemeinde Verlag, 1992, 234 pp.

173 Sobre este tema, *cfr.* MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, *Rechtsstaatliche Anforderungen an den Verwaltungsvertrag am Beispiel der Schriftlichkeit des Vertrages*, *op. cit.*; MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN, *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales...*, *op. cit.*

VwVfG que establece que los contratos de la administración de derecho público<sup>174</sup> deben celebrarse por escrito.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Quedó demostrado que la relación entre el derecho público y el derecho privado se puede entender desde una perspectiva binaria que propugna por una estricta separación entre estas dos ciencias jurídicas. En esta perspectiva tradicional se inscriben las disposiciones del sistema jurídico colombiano y alemán que suponen una diferenciación entre el derecho público y el derecho privado. Se comprobó que desde el siglo XIX se han formulado varias teorías que intentan explicar la división del ordenamiento jurídico en derecho público y en derecho privado. Cada una de estas teorías pone de presente la expresión cambiante de la relación entre el Estado y la sociedad en el desarrollo histórico. Estas teorías son reproducidas en textos de distintos ordenamientos jurídicos del sistema del derecho europeo continental<sup>175</sup>.

En este escrito no se ambicionó realizar un estudio de derecho comparado entre el derecho alemán y el derecho colombiano sobre el tema de la *summa divisio*. Un estudio de derecho comparado exigiría una comparación y valoración de las semejanzas y diferencias<sup>176</sup> entre los sistemas jurídicos objeto de comparación. En el evento que tal comparación se llevara a cabo, debería, en todo caso, considerar las reflexiones de Kischel sobre la relación entre los sistemas jurídicos latinoamericanos y su contexto histórico y social. Kischel los identifica como parte del derecho continental europeo<sup>177</sup>. En ese orden de ideas, comparten el origen histórico común de la separación entre el derecho público y el derecho privado de sus ordenamientos.

---

174 De acuerdo con el Art. 54 inc. 1 VwVfG, una relación jurídica en el campo del derecho público puede ser fundamentada, modificada o extinguida mediante un contrato (contrato administrativo de derecho público), siempre y cuando no haya preceptos jurídicos que establezcan lo contrario. En el inciso 2 de la misma disposición se preceptúa que en especial, la autoridad administrativa puede, en lugar de expedir un acto administrativo, celebrar un contrato administrativo de derecho público con aquel a quien en otro caso estaría dirigido el acto administrativo.

175 Para el derecho alemán *cfr.*, por ejemplo, HARTMUT MAURER & CHRISTIAN WALDHOFF, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; en el derecho español *cfr.*, por ejemplo, FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, pp. 30 y ss.; en el derecho mexicano *cfr.*, por ej., EDUARDO GARCÍA MAYNES, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

176 UWE KISCHEL, *op. cit.*, p. 4.

177 *Ibidem*, p. 389.

Teniendo en cuenta los argumentos históricos ya esbozados y los elementos comunes de derecho constitucional de la *summa divisio*, predicables también del derecho colombiano, se describe, y se somete a la crítica de la academia jurídica colombiana, la idea del movimiento de reforma del derecho administrativo que aboga por una comprensión del derecho administrativo a partir del estudio de los campos de referencia de la parte especial y de su análisis en perspectiva de escalas o espectro.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BULLINGER, MARTIN. “Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart”, en *Beiträge zum Handels und Wirtschaftrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag* (MANFRED RITTNER, ed.), München, Beck, 1991.
- BULLINGER, MARTIN. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Berlín, Kohlhammer, 1968.
- BYDLINSKI, FRANZ. “Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 194, 1994, p. 322.
- CÁRDENAS, JUAN PABLO. “El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Consejo de Estado), Bogotá, Contraloría General de la República-Consejo de Estado, 2011.
- EHLERS, DIRK. “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (HANS-UWE ERICHSEN ET AL.), 14ª ed., Berlín, De Gruyter, 2010.
- EHLERS, DIRK. Comentario al Art. 40 VwGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (SCHOCH/SCHNEIDER/BIER), München, Beck, 2018 (septiembre).
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. “Definición de ‘contratos estatales’. Contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales. Regulación del contrato suscrito con entidades estatales. Jurisdicción competente”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. “El contencioso contractual: vicios jurisprudenciales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2010, n.º 4.
- GARCÍA MAYNES, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, 53ª ed., México, Porrúa, 2002.

- GURLIT, ELKE. *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG. “Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996.
- IBAGÓN IBAGÓN, MÓNICA LILIANA. *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 370 pp.
- IBAGÓN IBAGÓN, MÓNICA LILIANA. *Rechtsstaatliche Anforderungen an den Verwaltungsvertrag am Beispiel der Schriftlichkeit des Vertrages*, Frankfurt am Main, Berlin, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft. Bd. 5232, 2011, 250 pp.
- KAHL, WOLFGANG. “Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht”, *DöV*, 2000, pp. 793 y ss.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- KERSHAW, IAN. *Descenso a los infiernos: Europa 1914-1949* (JUAN RABASEDA y TEÓFILO DE LOZOYA, trad.), Barcelona, Editorial Planeta, 2015.
- KISCHEL, UWE. *Rechtsvergleichung*, München, Beck, 2015.
- KREBS, WALTER. “Contratos y convenios entre la administración y particulares”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 18, junio del 2006.
- KREBS, WALTER. “Konsensuales Verwaltungshandeln in Städtebaurecht”, *DöV*, 1989.
- KREBS, WALTER. “Der Städtebauliche Vertrag im Gefüge der allgemeinen Vertragslehren des Verwaltungsrechts”, en *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge. Vertragstypen und Vertragsrechtslehren* (SCHMIDT-ASSMANN/KREBS), 2.ª ed., Köln, Deutsche Gemeinde Verlag, 1992.
- KUMMER, HEINZ. “Öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung”, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 10, 1944.
- MANNSSEN, GERRIT. *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994.



- MAURER HARTMUT y CHRISTIAN WALDHOFF. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck, 2017.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. Comentario al Art. 104, en *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011): comentado y concordado* (JOSÉ LUIS BENAVIDES, ed.), 2<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- PESTALOZZA, CHRISTIAN. *Formenmissbrauch des Staates*, München, Beck, 1973.
- PIELOW, CHRISTIAN. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.
- RINCÓN, JORGE IVÁN. “Presentación. Los contratos administrativos como instrumentos de materialización de competencias”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (ALBERTO MONTAÑA PLATA, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RÖHL, CHRISTIAN. “El derecho administrativo como ciencia”, en *Perspectivas de una reforma* (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, JAVIER BARNÉS y MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD y KREBS, WALTER. *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge. Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, 2<sup>a</sup> ed., Köln, Deutsche Gemeinde Verlag, 1992, 234 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD y DAGRON, STÉPHANIE. “Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen – Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen–“, *ZaöRV*, n.º 67, 2007.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (JAVIER BARNÉS, ed.), Sevilla, Global Law, 2012.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlín, Springer, 1998.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. “Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996.

SCHMITZ, HERIBERT. Comentario al Art. 1 VwVfG, en *Verwaltungsverfahrensgesetz* (STELKENS/BONK/SACHS), 9ª ed., München, C. H. Beck, 2018.

SCHNEIDER, JENS-PETER. “The Public-Private Law Divide in Germany”, en *The Public-Private Law Divide: Potential for transformation?* (MATTHIAS RUFFERT), Londres, British Institut of International and Comparative Law, 2009.

SEIDENADEL, ANJA. *Rechtliche Bindung der Sozialverwaltungsverträge*, Frankfurt, Peter Lang, 2010.

SODAN, HELGE. Comentario al Art. 40VwVGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (SODAN/ZIEKOW), 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018.

STOLLEIS, MICHAEL. “Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernes Staates”, en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN), Baden-Baden, Nomos, 1996.

STOLLEIS, MICHAEL. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, t. 3: 1914-1945*, München, Beck, 1999.

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO. *Derecho público más derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

WALL, HEINRICH DE. *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

WYSK, PETER. Comentario al Art. 40 VwGO, en *Verwaltungsgerichtsordnung* (WYSK), 2ª ed., München, C. H. Beck, 2016.

#### CONTRIBUCIONES DE LA AUTORA AL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

#### MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Competencia del juez constitucional para conocer de tratados internacionales ya perfeccionados”, en *Contratación internacional: tratados e instrumentos normativos* (ADRIANA ZAPATA, dir.; JORGE OVIEDO ALBÁN y LUIS ALFONSO GÓMEZ, coords.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

“Mecanismos de solución alternativa de controversias”, en *Contratos públicos en América Latina. Reporte de Colombia* (JOSÉ LUIS BENAVIDES y PABLO MORENO, eds.), Bogotá, Universidad Externado, 2016.

“Tribunales de Arbitramento. Competencia. Actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (pp. 307-315), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

“Órganos judiciales competentes para resolver controversias contractuales”, en *Contratos públicos en América Latina. Reporte de Colombia* (JOSÉ LUIS BENAVIDES y PABLO MORENO, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

*Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 128 pp.

“Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la Administración Pública”, en *Memorias III Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; y en *Revista de Jurisprudencia Administrativa*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

#### ASOCIACIONES PUÚBLICO-PRIVADAS

“Fundamentals of Project Finance applied to Private Public Partnerships in Colombia”, *Revista Dreptul*, vol. 1, n.º 30, 2019, pp. 157-169.

Coautoría con JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. “Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional”, en *Derecho administrativo contemporáneo* (DANIEL CASTAÑO, ed.), Bogotá, Universidad Externado, 2018.

“La financiación de contratos públicos: el modelo innovador de asociaciones público privadas en Colombia”, en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (MONTAÑA/RINCÓN, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

“Asociaciones público privadas y flexibilidad”, en *Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia* (SEBASTIÁN BARRETO y MÓNICA LILIANA IBAGÓN), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

“Criterios ambientales como factores de selección de los contratistas en proyectos de asociación público privado en la República de Colombia y de Alemania”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (pp. 49-75) (JOSÉ LUIS BENAVIDES, ed.), Bogotá, Universidad Externado, 2014.

## CONTRATOS ESTATALES

*Rechtsstaatliche Anforderungen an den Verwaltungsvertrag am Beispiel der Schriftlichkeit des Vertrages*, Frankfurt am Main, Berlin, Bruxelles, New York, Oxford, Wien; Peter Lang, Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft. Bd. 5232, 2011, 250 pp.

*El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 370 pp.

“Enriquecimiento sin causa. Acción de *in rem verso*”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa* (pp. 201-210), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

“Posición jurídica de los municipios frente al Estado en Colombia y Alemania”, en *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann* (SANTOFIMIO/BARNÉS/IBAGÓN, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

“La excepción de inconstitucionalidad como instrumento de constitucionalización del derecho administrativo”, en *Memorias de las XV Jornadas de Derecho Administrativo* (ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 100-110.

“El control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia”, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional* (pp. 311-323) (JUAN VEGA GÓMEZ y ÉDGAR CORZO SOSA, eds.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

“El control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia”, en *Memorias II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo* (pp. 243-258), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.