

SOBRE ALGUNAS CONVERGENCIAS DEL DERECHO PRIVADO CON EL DERECHO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Universidad Central de Venezuela: Profesor *Titular* de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica «Andrés Bello», Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

Recibido 8-3-2021 Aprobado 3-4-2021

* Una primera versión de este trabajo fue presentada para el XX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: “Exigencias del Derecho Administrativo del siglo XXI”, previsto para que tenga lugar del 4 al 6 de octubre de 2021, en Montevideo, Uruguay, con el título: *Sobre algunas convergencias del Derecho Privado con el Derecho Público en el Derecho Administrativo venezolano*.

Resumen

Se describen algunas convergencias del Derecho Privado con el Derecho Público en general y con el Derecho Administrativo en particular en el ordenamiento jurídico venezolano.

Palabras clave

Derecho Privado. Derecho Civil. Derecho Público. Derecho Administrativo. Contrato Administrativo. Contencioso-Administrativo.

Abstract

Some convergences of Private Law whit Public Law in general and with Administrative Law in particular in the Venezuelan legal system are describe.

Key words

Private Law. Civil Law. Public. Law-Administrative. Law-Administrative Contract. Contentious-Administrative.

“Creo profundamente que eso es todo y que ni veré ni ejecutaré cosas nuevas”

Jorge Luis BORGES: *Mi vida entera*.

En: *Obra Poética*: 1923-1985. Emecé Editores, S.A. 22° edición. Buenos Aires, 1999.

SUMARIO: 1. Convergencias del Derecho Privado con el Derecho Público. La relativa importancia del tema en el Derecho Administrativo Iberoamericano. 2. Tres enfoques doctrinarios. 2.1. El aparente cuestionamiento de la constitucionalización del Derecho Privado. 2.2. La indiscutida interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública. 2.3. ¿Puede hablarse de un Derecho Administrativo Privado o de un Derecho Privado Administrativo? 3. Dos convergencias concretas del Derecho Privado en el Derecho Administrativo venezolano. 3.1. Contratación pública y contrato administrativo: hacia la superación de una polémica. 3.2. El Derecho aplicable como criterio fundamental para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexión final.

1. Convergencias del Derecho Privado con el Derecho Público. La relativa importancia del tema en el Derecho Administrativo Iberoamericano.

La selección del asunto atinente a las convergencias del Derecho Público con el Derecho Privado en ciertas áreas de la disciplina, especialmente en la aplicación práctica del Derecho Administrativo, como uno de los temas a desarrollar en el vigésimo Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, permite exponer algunas reflexiones generales al respecto, teniendo como referencia las experiencias en Venezuela.

Para ello, se partirá de tres premisas teóricas generales abordadas por la doctrina nacional, también tratadas en otros ordenamientos, para esbozar lo que puede llamarse el “estado de la cuestión”. Ello, con miras a ofrecer un marco teórico para el desarrollo de asuntos más concretos. De allí que a continuación se ofrezca una descripción muy sucinta de esos tres tópicos, los cuales, aun no siendo los únicos, son de especial interés y, en ciertos casos, controversia. A saber: 1) La polémica respecto a la constitucionalización del Derecho Privado; 2) La interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado

a la Administración Pública; y 3) El uso de la expresión “Derecho Administrativo Privado” o su aparente equivalente “Derecho Privado Administrativo”.

No obstante, se considera conveniente hacer una previa aclaración. Tanto el tema general como los sub-temas referidos, si bien tienen su relevancia e implicaciones para el estudio y aplicación del Derecho Administrativo en la actualidad iberoamericana, no son estas de la misma magnitud que se plantean, póngase por ejemplo, en el caso español.

Y ello, porque en los países de habla española de América la construcción del concepto de nuestra disciplina no descansa, con el mismo énfasis que en España, en la concepción estatutaria del Derecho Administrativo (rama jurídica aplicable a la Administración Pública en sentido subjetivo)¹. Ni tampoco la determinación del ámbito de control de la Justicia Administrativa viene impuesta, a diferencia del caso español, en tanto sea aplicable el Derecho Administrativo (actos o actuaciones administrativas sujetos al Derecho Administrativo², o más modernamente, pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo)³.

Antes al contrario, la regla en el Derecho Administrativo latinoamericano (empleando esta expresión a los efectos de diferenciarse del caso español) es que esa rama jurídica se aplica preponderantemente –o mayormente, si se quiere– a la Administración Pública, entendida esta tanto en su aspecto orgánico como

1 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*. Décimosexta edición. Civitas-Thomson Reuters. Madrid, pp. 49-70. Incluso, afirma doctrina nacional que la tal concepción parte de la premisa de entender a la Administración Pública como persona jurídica: HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 44.

2 Cfr. HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 57. Fórmula consagrada en el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española de 1956. Sobre el punto pueden verse en la doctrina venezolana, entre otros: PELLEGRINO PACERA, Cosimina: *Derecho Administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa: su objeto ¿pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo?* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 112. UCV. Caracas, 1999, pp. 335-411; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *¿Existen en Venezuela actos administrativos no sometidos al Derecho Administrativo?* *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 109. UCV. Caracas, 1998, pp. 96-137.

3 HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 122-123 y 154-156. Sobre el tema en la doctrina española, comentando la ley vigente: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001, pp. 103-115. En el caso venezolano, ese criterio es seguido, entre otros por UROSA MAGGI, Daniela: *Aspectos esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa a la luz de las «Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana»*. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 319-322, y cuestionado por otros, por ejemplo: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Notas sobre el control judicial de la Administración Laboral con especial referencia a los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 129. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, pp. 221-254.

funcional⁴. Con lo que se añade, en el último caso, la actividad administrativa ejercida por todas las ramas del Poder Público y no solo el Ejecutivo⁵. Pero de forma preponderante no quiere decir exclusiva, ni siquiera normal, toda vez que la aplicación de otras ramas del Derecho a la Administración Pública –y la actividad administrativa que ella realiza-, incluyendo el Derecho Privado, es un fenómeno aceptado sin demasiados problemas tanto en el plano dogmático con en el práctico.

No se trata pues, de casos excepcionales o anómalos, que rompan inocuamente -a modo de olas contra un pétreo acantilado –frente a una concepción rígida en la cual el Derecho Administrativo se concibe, crea y aplica por y para la Administración Pública, con mirada exclusiva⁶. Al contrario, se

4 Para el caso venezolano, el aporte más detallado lo ha hecho BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 27-66, 89-103 y 210-235. Y es que el Derecho Administrativo -al menos el venezolano, agregamos nosotros-: “...no ha sido nunca el Derecho de la Administración Pública, sino que ha sido siempre el Derecho de la función administrativa de los entes públicos” (ARAUJO-JUÁREZ, José: *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*. CIDEP-EJV, Caracas, 2017, p. 53). Véanse también, entre otros: HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 61, 97 y 107; TORREALBA SANCHEZ, Miguel Ángel: *La Administración Pública y su carácter interorgánico. O la Administración Pública como función*. En: BREWER-CARIAS, A.R. y J. ARAUJO-JUÁREZ (Coords): Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Panamá, 2020, pp. 579-595, así como la bibliografía allí citada; GRISANTI DE MONTERO, Rosibel: *Principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio*. En: BREWER-CARIAS, A.R. y J. ARAUJO-JUÁREZ (Coords): Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Panamá, 2020, pp. 597-618. Una perspectiva iberoamericana la aportan, por ejemplo: VIDAL PERDOMO, Jaime, ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, GORDILLO, Agustín y BREWER-CARIAS, Allan R.: *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, y desde diversos ordenamientos: PANTOJA BAÚZA, Rolando: *El concepto de función administrativa en el Derecho Chileno*. En: V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (Coord.): *Derecho Administrativo Iberoamericano*. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. T. 1. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 491-522, FRAGA, GABINO: *Derecho Administrativo*. 40° edición Editorial Porrúa. México, 2000, pp. 56-63; BÉJAR RIVERA, Luis José: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. México, 2012, pp. 48-50.

5 HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 71-73. Concepción que tiene parte de su origen en la pandectística alemana y su teoría formal-sustancial del Derecho Administrativo al igual que en el gradualismo de la cronológicamente más cercana Escuela de Viena.

6 Tampoco el Derecho Privado regirá a los particulares de forma exclusiva, pues pueden darse –excepcionalmente- relaciones jurídico-administrativas entre estos, dado que no hay que olvidar que: “Si bien la Administración nunca puede obrar como un particular, *los particulares sí pueden obrar como Administración Pública*, en los términos tasados de la Ley, con potestades administrativas...” (HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 153). Sobre el punto, puede verse recientemente en la propia doctrina española, apartándose de la concepción estatutaria

está en presencia de la interaplicación del Derecho en sus diversas ramas⁷. De tal manera que no resulta sorprendente ni inusual que la Administración Pública, y la actividad que ella realiza, termine rigiéndose por normas jurídicas no administrativas, e incluso, iusprivatistas⁸.

El problema entonces, de este lado del Atlántico, parece ser otro. A saber, cuáles serán los criterios para determinar el Derecho aplicable a la Administración Pública, que en la mayoría de los casos será Derecho Administrativo, y en qué hipótesis la llamada “huida del Derecho Administrativo” resulta inaceptable, no tanto por condicionamientos dogmáticos, sino por imperativos constitucionales. Arduo asunto del que solo se ocuparán estas páginas de forma breve e incidental, por su propia envergadura.

predominante: GAMERO CASADO, Eduardo: *Delimitación conceptual de la potestad administrativa*. En: E. GAMERO CASADO (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2021, pp. 104-113, así como la bibliografía allí citada, al igual que en la misma obra: CANALS ATMELLER, Dolors: *El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado*, pp. 320-377.

⁷ Por ello, resultaría quizá algo aventurado afirmar en nuestro ordenamiento que el Derecho Administrativo es el que se aplica a las funciones propias de la Administración Pública (giro o tráfico administrativo) y el Derecho Privado a la gestión de servicios públicos u otras competencias administrativas, como señaló para el caso europeo: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *El Derecho Administrativo Privado*. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, p. 174. Sobre la interaplicación del Derecho Privado y del Derecho Público a la Administración Pública y a la actividad administrativa en el caso venezolano, véase: BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen I, pp. 688-724. Y respecto al punto en general, recientemente en el ordenamiento español: VELASCO CABALLERO, Francisco: *Derecho Público más Derecho Privado*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2014, especialmente las pp. 148-155. En el ordenamiento venezolano, se ha ocupado especialmente de la incidencia del marco constitucional en el Derecho Privado, María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN en su obra monográfica: *Derecho Civil Constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*. CIDEP-EJV, Caracas, 2018, pp. 25-64; y de la misma autora: *Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Revista de Derecho Público 161-162. EJV. Caracas, 2018, pp. 41-58; *Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela*, Jurisprudencia Argentina N° 13, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; *Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano*, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, IDIBE, Valencia, España, 2019, pp. 52-91; *La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano*, Revista Culturas Jurídicas, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136; *Primacía de la Constitución y constitucionalización del Derecho Civil*. En: BREWER-CARÍAS, A.R. y J. ARAUJO-JUÁREZ (Coords): *Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales*. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Panamá, 2020, pp. 429-446; *Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Edición Homenaje a José Peña Solís, N° 7, 2016, T. I, pp. 87-123; *Constitucionalización y contrato en el ordenamiento venezolano*. En: PÉREZ GALLARDO, L.B. y M. AMORÍN PISA (Coords.): *El Derecho contractual en clave constitucional*. Ediciones Olejnik, Argentina, 2021, pp. 131-170.

⁸ Incluso ello es aceptado por autores españoles, como por ejemplo: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 159.

Pasemos a continuación a referir, de manera muy resumida, los puntos anunciados previamente.

2. Tres enfoques doctrinarios

2.1. El aparente cuestionamiento de la constitucionalización del Derecho Privado

El tema de la constitucionalización del Derecho Administrativo, de larga data en otros ordenamientos⁹, ha llamado la atención también de la doctrina venezolana en fechas más recientes¹⁰. No es el caso entrar en detalles en esta ocasión. En cambio, el mismo fenómeno, aplicado al Derecho Privado, específicamente al Derecho Civil, ha sido comentado por menos autores, pero, paradójicamente, ha generado mayor controversia doctrinaria. Y ello, por cuanto quienes adversan tal fenómeno suelen fundar sus objeciones más en los criterios interpretativos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto al tratamiento práctico de diversas instituciones del Derecho Privado, con resultados ciertamente cuestionables, antes que en objetar las bases dogmáticas y los planteamientos conceptuales de esa constitucionalización¹¹.

9 A partir de la década de los setenta del pasado siglo en Europa, según señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Trascendencia...*, pp. 60-62. De tal forma, fue en la segunda mitad del siglo pasado cuando Europa volvió a descubrir la Constitución, en gráfica expresión de la doctrina francesa recordada recientemente por ARAUJO-JUÁREZ, José: *Constitución Administrativa* (en prensa), p. 8.

10 Entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV. Caracas, 2017; BREWER-CARIAS, *Tratado...* Volumen 1, pp. 158-236; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Los principios del proceso contencioso administrativo en la Constitución de la República Dominicana*. En: J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, O.A. RODRÍGUEZ HUERTAS, M.A. SENDÍ GARCÍA y S.T. CASTAÑOS GUZMÁN (Edits.): *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raymundo Amaro Guzmán"*. ADDA-FINJUS-Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Panamá, 2015, pp. 799-813.

11 Cfr. Saghy, Pedro: *Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Civil*. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 146, Caracas, 2008, pp. 497-514 (las citas en ese trabajo serán a la versión electrónica del texto disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2008/BolACPS_2008_146_517-533.pdf). La principales objeciones son: 1) La proliferación de los mecanismos de control de constitucionalidad, especialmente el amparo constitucional, lo que ha ocasionado la "explotación" de la Constitución y la pérdida de importancia del Código Civil; 2) Muy vinculado con lo anterior, la aplicación directa de la Constitución para resolver los conflictos privados; 3) El abuso de tales prácticas por parte de jueces y abogados; y 4) La creación espontánea de un nuevo Código de resolución de los problemas civiles. En similar sentido: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La reivindicación del Derecho Privado*. Una visión liberal del Derecho. CEDICE-Libertad. Conferencia virtual dictada el 4 diciembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=ERVXfHSCafE>. Esta última comienza sosteniendo que la expresión "constitucionalización del Derecho Privado" evoca limitaciones o restricciones (bien podría

Así pues, al mezclarse dos asuntos distintos, como consecuencia de una imprecisión argumentativa, el resultado es que se atribuyen a la constitucionalización los efectos perversos que una censurable interpretación judicial pueda tener en los casos concretos¹². Por consiguiente, no parece estar en discusión el que la constitucionalización del Derecho Civil, entendida como la regulación de instituciones de esa disciplina en el texto constitucional, al igual que la necesaria interpretación de esa rama jurídica conforme a los principios y valores constitucionales¹³, es una realidad ineludible, producto de lo que la doctrina alemana llamó “efecto irradiación”¹⁴ de los derechos de la Carta Magna¹⁵.

sostenerse lo contrario, dado el carácter expansivo de la parte dogmática de las constituciones). Agrega que ese “arrinconamiento” del Derecho Privado sería consecuencia de la aparición de la teoría del débil jurídico, que en el caso venezolano ha originado que al “fuerte” en la relación jurídica se le identifique como el “malo” y que se refleja en una serie de cuestionables preceptos en la legislación nacional que otorgan excesivas potestades al Estado de intervención y control. De allí, refiere varias nefastas tendencias jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ que menoscaban el principio de autonomía de la voluntad al proclamar la existencia de un “Estado Total”. A continuación, alude a la pérdida de la importancia de la codificación civil ante el surgimiento de leyes de contenido social en áreas tales como la relación de trabajo, la protección del consumidor y el arrendamiento de inmuebles para vivienda. De seguida, señala al Estado Social como un Estado esencialmente interventor en las actividades de los particulares, concepción que ha sido excesiva en el caso venezolano al perderse la proporcionalidad y necesidad de la actuación estatal en el ámbito de las relaciones privadas. De ello, deriva el menoscabo al funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad, atendiendo a la concepción maximalista que se maneja en la actual legislación venezolana de la noción del orden público, propia de otros tiempos y latitudes, lo cual se agrava con el fenómeno de la inflación normativa. Aunque el tratamiento de tales aseveraciones requeriría mayor detalle, puede verse que los cuestionamientos se vinculan con ejemplos muy concretos de deficiencias o excesos en el Derecho positivo o en las sentencias judiciales, ejemplos que, mediante el empleo de una falacia de atinencia (causa falsa), se señalan como necesario efecto de la constitucionalización del Derecho Privado, siendo que este último en modo alguno puede identificarse con malas prácticas legislativas o judiciales derivadas del autoritarismo en el ejercicio del poder.

12 Bien se señala respecto a la crítica a las decisiones de la Justicia Constitucional: “*Que tales decisiones sean objeto de crítica e incurran en impropiedades, no es un problema relativo a la «constitucionalización», sino un riesgo latente en cualquier área del Derecho*” (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Trascendencia...*, p. 59).

13 De allí que se destaque recientemente, invocando doctrina española, que: “...no es infrecuente encontrar trabajos doctrinales en los que el examen de una categoría o institución jurídica cualquiera, se encabeza con una exposición de las normas constitucionales correspondientes...” (ARAUJO-JUÁREZ, *La Constitución...*, p. 4).

14 Véanse, entre otros: HESSE, Conrado: *Constitución y Derecho Constitucional*. En: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2001, pp. 1-9. Y en la misma obra: BENDA, Ernesto: *Dignidad humana y Derechos de la personalidad*, pp. 117-126. En la doctrina venezolana, por ejemplo recientemente: CASAL H, Jesús María: *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Temis-Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, 2020, pp. 8-54, 65 y 369.

15 Por ello, lo que un autor expresa con alarma, a saber: “...*hoy en día parece imposible abordar cualquier problema del Derecho Civil sin hacer referencia primero, a las normas constitucionales...*” (SAGHY, *op. cit.*, p. 8), nos parece que ni es preocupante ni menos novedoso.

Realidad que en nuestros países no es tampoco reciente, sino más bien su advertencia explícita y su estudio sistemático por la doctrina privatista.

De allí que nos aventuramos a ver un cuestionamiento más aparente que real, al constatar que el fenómeno de la penetración de los postulados constitucionales, en virtud del principio de la supremacía constitucional, es también perceptible en el Derecho Privado venezolano¹⁶, comenzando por el Derecho Civil¹⁷. En el caso venezolano, ello puede predicarse de, entre otras instituciones: el concebido, los derechos de la personalidad, el matrimonio, la unión estable de hecho, la filiación, el divorcio, la función social de la propiedad, el régimen de los bienes públicos, la teoría de la imprevisión, la indexación, la oferta de pago, la protección al consumidor, el pago, las responsabilidades civiles especiales, la resolución contractual, el contrato de seguros, la herencia yacente y la vocación hereditaria. Lo que puede resumirse en la coexistencia, a veces pacífica y en otras no tanto, de la autonomía de la voluntad con el orden público, e incluso, con el interés general¹⁸. Todo ello, más allá de la creciente incidencia

De hecho, esa premisa es aplicable a cualquier problema interpretativo jurídico, con independencia de la materia o ramas que se estén tratando, como consecuencia del principio de supremacía constitucional. De allí que no puede compartirse la siguiente afirmación: “...la aplicación directa de la Constitución en los conflictos de naturaleza civil, en preferencia a las normas del Código Civil, no está justificada” (*Ibidem*, p. 7), pues esa aplicación preferente es obligatoria. Cosa distinta será que el intérprete tergiverse o desnaturalice un instituto o precepto en su clásica concepción *ius civilista* sin que haya colisión alguna entre esta y los principios, valores o normas constitucionales. Pero eso último será consecuencia de una tesis interpretativa producto más del voluntarismo del operador jurídico que de una interpretación conforme a la Constitución. De igual forma, discrepamos de partir como premisa general, de que la Constitución “...no creó ningún nuevo Derecho que pueda ser entendido como una colisión normativa con el Código Civil”, sin el examen de cada caso concreto, no solo en lo atinente a la interpretación en abstracto, sino en su aplicación. Lo contrario es negar de plano cualquier posibilidad de control de constitucionalidad, en sus diversas modalidades, en lo que se refiere a todos y cada uno de los preceptos del Código Civil, lo cual es incluso teóricamente inadmisibles. En todo caso, los cuestionamientos al fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil terminan siendo reducidos a cuestionables tesis interpretativas en los casos concretos, como admite el propio autor al aclarar: “...debemos advertir que los vicios a los que reaccionamos con este trabajo son causados por una aplicación irreflexiva de la Constitución en los asuntos civiles. Por un desplazamiento inmotivado del Código Civil. Por el abuso en el ejercicio de la acción de amparo constitucional y por la conducta irrigurosa de los jueces al tratar estos asuntos. No por la simple aplicación de la Constitución” (*Ibidem*, p. 9).

¹⁶ En el caso del Derecho público, y especialmente del Derecho Administrativo, incluso se describe, paralelamente a la constitucionalización del Derecho Administrativo, el fenómeno de la administrativización del Derecho Constitucional, entendido como la incorporación expresa de categorías del primero en la Carta Magna, o bien a través de la interpretación constitucional (ARAUJO-JUÁREZ, *La Constitución...*, p. 6). De allí que se menciona la existencia de una “Constitución administrativa” (*Ibidem*, pp. 10-15).

¹⁷ Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado e interrelación entre el Derecho Constitucional y el Civil (Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Trascendencia...*, p. 58).

¹⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 89-168. Véase de la misma autora: *Trascendencia...*, pp. 63-72.

del Derecho Administrativo sobre varios de esos institutos que ha tenido lugar desde hace décadas.

He ahí esbozada la primera convergencia del Derecho Público con el Privado a destacar. Pasemos a la segunda, más vinculada con la disciplina objeto de nuestro estudio.

2.2. La indiscutida interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública

Ya se adelantó en páginas previas que, a diferencia de la concepción mayoritaria –aunque no unánime- en la doctrina administrativista española, en la hispanoamericana, preponderantemente y, con mayor seguridad en la venezolana, la aplicación a la Administración Pública y a la actividad desplegada por esta, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, es usual y vista sin demasiadas reservas por la doctrina, dada la visión funcional y no meramente subjetiva del objeto de estudio de la disciplina. Así pues, el Derecho Administrativo será el que rija preponderantemente a esa Administración Pública en sentido orgánico y funcional, pero no de forma exclusiva, ni mucho menos excluyente¹⁹.

De tal manera que, al partirse de la noción orgánica combinada con la funcional, el Derecho Administrativo se aplica a la actividad administrativa en las hipótesis –aparentemente mayoritarias- en que esta implica el ejercicio de potestades administrativas. O más precisamente aún, la presencia de esta rama jurídica vendrá determinada por lo que la doctrina nacional y el Derecho positivo identifica como el ejercicio de la “función administrativa”²⁰. Categoría dogmática más o menos equiparable a la noción amplia de potestad administrativa manejada por reciente doctrina española (la cual parece establecer puentes con una visión más amplia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo)²¹.

En otros términos, nos referimos al ejercicio de potestades administrativas, potestades que, de incidir unilateralmente en la esfera jurídico subjetiva de las personas afectándolas restrictivamente, exigirá entonces la presencia de nuestra disciplina en clave garantista; esto es, vinculándola al reconocimiento y estricto

¹⁹ HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 172-173. Fenómeno también destacado por la doctrina civilista: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Trascendencia...*, pp. 65-77. Cabe además recordar, en ausencia de preceptos o principios de Derecho Público, el carácter supletorio del Derecho Civil: Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Entre el derecho público...*, pp. 48-52; ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, pp. 54-56.

²⁰ BREWER-CARÍAS, *Derecho...* Volumen I, pp. 705-708; HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 74 y 90.

²¹ GAMERO CASADO, *op. cit.*, pp. 50-140. Véase recientemente también, por ejemplo: TOSCANO GIL, Francisco: *Análisis de las transformaciones actuales del Derecho Administrativo en España*. Revista Digital de Derecho Administrativo Núm. 22. Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 351-358.

respeto del principio de juridicidad en lo sustantivo, y a los derechos constitucionales procesales, en lo adjetivo²².

En caso contrario, esto es, ante la existencia de actividad administrativa que no implique ejercicio correlativo de autoridad en el sentido de limitación o restricción de derechos²³, será admisible la presencia del Derecho Privado, siempre y cuando se respeten los “núcleos duros” del Derecho Administrativo, delimitados constitucionalmente. A saber, la titularidad de la competencia por parte del órgano correspondiente, el procedimiento administrativo legalmente estatuido y, por último pero no menos importante, la finalidad de servicio al interés general (o el servicio a la ciudadanía, en los términos del artículo 141 de la Constitución venezolana)²⁴.

Será pues, el propio Derecho Administrativo –interpretado en atención a los lineamientos constitucionales, como siempre-²⁵ el que dictará las premisas para determinar la necesidad de su aplicación estricta, o bien su coexistencia con el Derecho Privado, en las diversas áreas del ejercicio de la actividad administrativa²⁶.

Por supuesto que esa premisa requiere para su aplicación el estudio de cada ámbito sectorial en concreto, con el fin de determinar –no tanto las huidas o los

22 Cfr. GAMERO CASADO, *op. cit.*, pp. 97-104. Para el caso venezolano se sostiene, en términos distintos pero en el fondo equiparables: HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 165. Puede verse también, en la doctrina venezolana, por ejemplo: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Tercero. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, pp. 546-553 (aunque el autor se aparta parcialmente de la concepción funcional de la Administración Pública).

23 Esa noción amplia de potestad es la que se propone en: GAMERO CASADO, *op. cit.*, pp. 87-93. En Venezuela, la noción estricta de potestad se equipararía con función administrativa y la amplia con actividad administrativa, según destaca HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 141. Véase también para el Derecho venezolano: ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, pp. 85-123.

24 HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 89-94 y 125-135. Sobre esa visión puede verse también, entre otros: GARCÍA SOTO, Carlos: *El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano Núm. 11. Universidad Monteávila. Caracas, pp. 191-219; PEÑA SOLÍS, José: *Hacia una definición de Administración Pública desde la perspectiva constitucional, con especial énfasis en su carácter de organización servicial que actúa objetivamente, bajo la dirección del Gobierno*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 16. Homenaje a Jesús Caballero Ortiz. Caracas (en prensa).

25 Y es que “...la opción por el Derecho Civil no puede quedar al arbitrio de la Administración, dado que ello es incompatible con la idea de la subordinación que maneja el artículo 141 constitucional”. (HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 192).

26 Similar fenómeno se habría advertido, por ejemplo para el caso francés, según se señala en: HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 183. Y en la regulación alemana, esta premisa se expresa en análogos términos, al aclararse que la libertad de elección del Derecho Privado por parte de la Administración Pública estará supeditada a que se justifique su necesidad ante la falta de adecuación del marco *ius publicista* así como que el primero no contradiga la aplicación del Derecho Administrativo (MAURER, Hartmut: *Derecho Administrativo Alemán*. UNAM. México, 2012, pp. 62-63).

retornos del Derecho Administrativo- sino el respeto al Derecho positivo no solo en su forma sino también en su propósito²⁷. Ello, de manera de articular un sistema coherente en el tratamiento de las diversas situaciones y relaciones jurídicas, evitando así los tratamientos diferenciados injustificados o –peor aún– fraudulentos²⁸. Pero profundizar en tal propósito escapa a las consideraciones generales aquí esbozadas.

Baste pues, para concluir, que los clásicos elementos característicos de *potestas e imperium* propios de las relaciones de Derecho Público, reaparecen actualizados en sintonía con el Estado Democrático Constitucional de Derecho -no ya con miras a establecer separaciones tajantes y mecánicas entre el Derecho Público y el Derecho Privado- sino para identificar la obligante presencia del Derecho Administrativo. Mientras que, de no ser así, bien puede el Derecho Privado regir a la Administración Pública y a su actividad, salvo que las particularidades de cada caso aconsejen otra solución²⁹.

2.3. ¿Puede hablarse de un Derecho Administrativo Privado o de un Derecho Privado Administrativo?

Así las cosas, es dable plantearse la interrogante formulada en el título de este epígrafe. Su abordaje pormenorizado escapa a la intención de ofrecer una panorámica del asunto, pero sí pueden adelantarse algunas reflexiones, con la necesaria precisión de que lo serán para el caso del Derecho Administrativo venezolano.

Y es que, como expone la doctrina nacional³⁰, la expresión “Derecho Administrativo Privado” tiene raigambre alemana, y para su desarrollo a ella debe remitirse³¹. En nuestro ámbito doméstico, con tal denominación se ha propuesto identificar a esa aplicación del Derecho Privado a la Administración Pública y a la actividad que esta desempeña, a que se ya ha hecho referencia, en tanto esa regulación privatista quedará modulada o matizada en virtud de

27 Ejemplos de tal fenómeno en el caso venezolano, para BREWER-CARIAS, *Tratado...* Volumen I, pp. 688-717: la laboralización de la función pública; la aplicación del Derecho Administrativo a la función administrativa; la proyección del Derecho Administrativo a entes con forma de Derecho Privado, incluso no estatales; la privatización fáctica del ejercicio de actividades administrativas; entre otros.

28 HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 173-175.

29 Puede verse como marco referencial general para el caso alemán: Schmidt-Assmann, Eberhard: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons-INAP, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 294-298.

30 Véase: HERNÁNDEZ G.: *Introducción...*, pp. 178-179.

31 En todo caso, véase: *Ibidem*, pp. 178-181. Véase también, entre otros: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 93-105, quien lo describe como la aplicación del Derecho Administrativo Privado a las entidades públicas que realizan funciones administrativas bajo forma de Derecho Privado en lo que se refiere a la sujeción a los derechos fundamentales y a los principios del Derecho Administrativo.

regir no a sujetos privados, sino a esa *potentior persona* de la que se ocupa nuestra disciplina³². De tal suerte que la finalidad de servicio al interés general y a las personas, en última instancia, determinará que las instituciones del Derecho Privado deberán amoldarse a esas exigencias.

Debemos objetar tal expresión. No tanto porque se rechacen las premisas teóricas que llevan a proponer su adopción, que en líneas generales compartimos. Sino por innecesaria, e incluso quizá también, inconveniente, dada su imprecisión. Comenzando porque, hablar de un Derecho Administrativo Privado puede verse como un cierto contrasentido conceptual. Prueba de ello es que en su país y lengua de origen, entre los que aceptan ese vocablo³³, parece haber una discusión terminológica en cuanto a si ese es el orden de los términos o más bien Derecho Privado Administrativo³⁴, lo que da una idea de la polémica que rodea incluso a la etiqueta. Lo anterior, en nuestro concepto, propicia como principal riesgo, y no es poco, el de la confusión.

Ciertamente, la modulación de las instituciones del Derecho Privado en la hipótesis de su extrapolación al ámbito de la Administración Pública y, por tanto, al de las relaciones jurídico-administrativas, no es nueva³⁵. Así por ejemplo, es postulada por un destacado sector de la doctrina española para tratar de resolver los problemas que se plantean en la contratación administrativa³⁶.

Pero esa modulación no implica, a nuestro modo de ver, que ante tales hipótesis el Derecho Privado se “publifique”, ni tampoco, si se adopta la expresión alterna, que el Derecho Administrativo se “privatice”³⁷. Sencillamente, dado que las premisas fácticas y jurídicas bien pueden resultar distintas en una relación jurídico-administrativa, como de hecho será lo usual, las reglas concretas de Derecho Privado que se les apliquen habrán de considerar en sus efectos esas distinciones, en aras de mantener la coherencia entre los motivos y los propósitos. Puesto que nunca será igual, por ejemplo, un contrato nominado de Derecho Privado en el que una parte sea la Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones, que esa misma contratación entre privados, partiendo por

32 HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 180-181 y 184.

33 También ha tenido críticas, como expresa: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 107-109.

34 La última es por ejemplo la denominación empleada por MAURER, *op. cit.*, pp. 41, 46, 58, 62-63, 103, 435, 436, 446-457, así como por Schmidt-Assmann, *op. cit.*, pp. 300-302.

35 Así por ejemplo, fue avizorada como tendencia por GIANNINI, Massimo Severo (citamos por la traducción española): *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. INAP. Madrid, 1980, p. 83.

36 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 729-742. Para el caso venezolano, por ejemplo: ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, pp. 68-74.

37 Expresiones empleadas para describir el fenómeno de la interaplicación Derecho Público y Derecho Privado a que se ha hecho referencia en: HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 174-175 y 189. Véase asimismo, refiriendo la teoría de los dos niveles de la doctrina alemana: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 101-103, así. Véase también, reseñando la utilización en la doctrina de las expresiones “publicización de algunas instituciones privadas y la privatización del Derecho Público”: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Entre el derecho público...*, pp. 55-58.

ejemplo de que el fin de lucro en sentido estricto no está presente en la primera³⁸, y sí en ambas partes en el segundo caso³⁹.

Así pues, no se discute que habrán de considerarse matices, modulaciones, o flexibilizaciones, si se quiere, en ese Derecho Privado aplicado a la Administración Pública, con el fin de adaptar institutos concebidos y evolucionados para regir relaciones *inter privatos* a relaciones jurídico-administrativas. Ello, incluso aunque la personificación de la Administración Pública tenga forma de Derecho Privado. Pero no parece que eso justifique, en aras de mantener la necesaria precisión en el uso de los vocablos y conceptos jurídicos, importar un término, no solo híbrido, sino incluso quizá, contradictorio de inicio, o cuando menos, polémico⁴⁰. Después de todo, el Derecho Privado

38 Siguiendo con el hecho de que la Administración Pública no es libre de escoger a sus contratistas. Se trata de la conocida expresión de las derogaciones en más y en menos del Derecho Privado que se imponen a esta, derivadas del servicio al interés general, postuladas por un clásico de la doctrina francesa incluso como criterio de identificación de la disciplina (RIVERO, Jean: *¿Existe un criterio de Derecho Administrativo?*. Páginas de Derecho Administrativo. Editorial Temis S.A.-Universidad del Rosario. Bogotá, 2002, pp. 37-44, del mismo autor: *Derecho Administrativo*. Traducción de la 9ª edición. UCV. Caracas, 1984, pp. 37-38). Sobre ello se volverá más adelante.

39 Y es que, ciertamente: "*La Administración no puede actuar como un particular*" (HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 147). Véase también para el caso venezolano, entre otros: BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen I, pp. 712-716. Aparentemente en contra: ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, p. 13, y decimos aparente por la matización que plantea en: *Ibidem*, pp. 51, 109-119 y especialmente en la p.137.

40 Por análogas razones, no compartimos tampoco la afirmación de HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 195 y 222, atinente a que, en tales casos, el Derecho Privado aplicado a la Administración Pública sería Derecho Administrativo en sentido amplio. Y en ese sentido, no parece que tal aseveración pueda justificarse para evitar que mediante el empleo de normas privatistas en la actividad administrativa se disminuyan las garantías y libertades privadas, pues, como señala el propio autor y ya se refirió, la aplicación siempre estará condicionada por los lineamientos constitucionales respectivos. De allí que, adoptando la terminología más al uso en el caso venezolano, sea que la Administración Pública actúe en ejercicio de la función administrativa (haciendo valer potestades administrativas en sentido clásico), o acuda a la noción de actividad administrativa regida parcialmente por el Derecho Privado, en ambos casos la limitación vendrá impuesta por los principios de supremacía constitucional, juridicidad, responsabilidad y respeto a los derechos y garantías constitucionales. Y es que, como reitera el propio autor, el principio de juridicidad en su vinculación positiva delimitará siempre el actuar de los órganos que ejercen el Poder Público, comenzando por la propia Administración Pública. Por ende, esta nunca podrá actuar como un particular sin arriesgarse a la respectiva sanción de nulidad. De hecho, en la propia obra se señala que el ejercicio de potestades administrativas de limitación solo es posible con apego al principio de juridicidad en su vinculación positiva, para agregar que, en el caso venezolano, la carencia de anclaje legal en este asunto ha sido producto del debilitamiento de las garantías ciudadanas (libertad económica y propiedad) (*Ibidem*, pp. 216-217). Así pues, lo que ha fallado no es el Derecho Administrativo o el Privado, sino su falta de aplicación conforme a la Constitución. Es decir, una huida del Derecho a secas, como señala el mismo autor (*Ibidem*, nota al pie 15, pp. 217-218). Véanse también, entre otros, las consideraciones generales que sobre el punto realiza para el caso español, por ejemplo: RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998, pp. 22-25.

que se aplica en tales casos sigue siendo eso, Derecho Privado, solo que en él convergen también limitaciones o cambios determinados por su destinatario, y sobre todo, por su propósito⁴¹.

No obstante, muy lejos se está de afirmar, como creemos haber expuesto brevemente en epígrafes previos, que el Derecho Administrativo y el Derecho Privado estén tajantemente separados en compartimientos estancos⁴². Ni en la actualidad, ni nunca lo han estado. Pero por eso no deja de ser cierto que el Derecho Administrativo y el Derecho Privado mantienen cada uno su autonomía conceptual⁴³, aunque puedan converger en múltiples ocasiones en su aplicación, e incluso interaplicarse, dando lugar a resultados ajenos a los que hubiera producido la aplicación exclusiva o excluyente de uno o de otro⁴⁴.

De allí que en los casos en que la doctrina hace referencia, por ejemplo, al Derecho Administrativo Constitucional, o incluso al Derecho Civil Constitucional, se está refiriendo a la constitucionalización o penetración de los valores, principios y normas de la Carta Magna y del constitucionalismo contemporáneo en esas disciplinas, o a su regulación básica en tal instrumento. Asunto que no es del todo novedoso, ni puede serlo, pero que ha adquirido un cariz peculiar en las últimas décadas. En suma, se trata de expresiones que han adquirido carta de

41 Para el caso alemán, puede verse: MAURER, op. cit., p. 46. De allí que discrepamos de la afirmación de que no es posible sostener en Venezuela que el Derecho Administrativo se reduzca a normas de Derecho Público (HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 184). Entendemos que sí, comenzando porque de lo contrario se atenta contra la derivación lógica de género-especie. Lo que sí no es posible afirmar es que el Derecho Administrativo se aplique exclusivamente a la Administración Pública, pero eso es cosa bien distinta.

42 Entendemos que ese es el sentido que le da al término: *publicización* del Derecho Privado, BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen I, pp. 715-717, es decir, aplicación del Derecho Administrativo a áreas que en otros tiempos se regían exclusivamente por este último, resultando convergencias entre ambos. En similar sentido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Entre el derecho público...*, pp. 55-58.

43 Se muestra en contra HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 185-186, quien invoca la inexistencia en nuestro ordenamiento del sistema jurisdiccional dualista francés sino más bien la presencia de un sistema monista y judicialista, en el que la Justicia Administrativa forma parte del Poder Judicial. La última afirmación es indiscutible, mas no parece lucir como una premisa pertinente para postular la negación de la autonomía del Derecho Administrativo.

44 No vemos que la constatación del último fenómeno afecte tal autonomía dogmática, como se postula en: *Ibidem*, pp. 186-187. Antes bien, somos del criterio de que la interaplicación o convergencia del Derecho Público y del Derecho Privado en la actividad administrativa viene a confirmar la autonomía de cada rama una de esas ramas. En lo que sí coincidimos es que no puede sostenerse, como en el Derecho Administrativo francés clásico, que esta es una regulación exorbitante o que la aplicación del Derecho Privado a la Administración Pública implica una función que no le es propia. Pero tales asertos no nos lucen como obstáculos de peso al mantenimiento de tal autonomía, por las razones ya esbozadas en estas páginas. Quizá el énfasis en tales propuestas, como parece desprenderse por ejemplo de lo afirmado en: *Ibidem*, pp. 192-195, obedece a un intento de separarse de las concepciones del Derecho Administrativo como Derecho estatutario, especial o exorbitante, lo que no es censurable, pero llegar a predicar tales consecuencias de ese deslinde parece innecesario.

naturaleza desde hace décadas, para denotar la relevancia de la Constitución en tales ámbitos o materias⁴⁵.

En cambio, con la expresión “Derecho Administrativo Privado” o “Derecho Privado Administrativo”, la ambigüedad persiste a pesar de la explicación que se le da al término⁴⁶. Así pues, de adoptarla, al menos como la ha postulado un respetable sector de la doctrina venezolana, nos parece que los riesgos están a la vista (la precisión es una exigencia fundamental en el empleo de los términos en cualquier parcela del conocimiento). Tales amenazas parecen desaconsejar, pues, su generalización.

A lo anterior cabe agregar que no parecen haber razones teóricas o prácticas para asumir tal término, que, además, encontraría quizá mejor acomodo en una concepción lineal o estatutaria del Derecho Administrativo y de su régimen legal, entendido como rama jurídica de aplicación exclusiva y excluyente al complejo orgánico llamado Administración Pública. Ante tal hipótesis, admitir la aplicación del Derecho Privado a esa última en tanto se “publifique” luce conveniente, para intentar mantener la congruencia entre la vinculación de un centro de imputación normativa con una determinada rama jurídica.

Pero aceptando la premisa de la interaplicación e interrelación del Derecho Privado con el Derecho Administrativo en la gestión de los cometidos estatales, y definiendo a esa última rama como el Derecho preponderante –mas no único– de la Administración Pública –y como ya se destacó esa es la concepción mayoritaria en Latinoamérica y desde luego en Venezuela– no parece haber necesidad de forzar las denominaciones.

Veamos brevemente ahora dos ejemplos concretos de la interrelación entre el Derecho Privado y el Público en la aplicación del Derecho Administrativo Venezolano.

45 En la doctrina venezolana, por ejemplo véanse *in totum* los ya citados: ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo Constitucional...*; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil Constitucional...*

46 En el caso español, de forma similar al alemán, se propuso su uso para resaltar la sujeción a los derechos fundamentales en el caso del ejercicio de potestades públicas por entes estatales privados (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 156-167). Mas lo cierto es que, al menos en el ordenamiento venezolano, el respeto a los derechos constitucionales de tales actuaciones está jurídicamente fuera de duda.

3. Dos convergencias concretas del Derecho Privado en el Derecho Administrativo venezolano

3.1. Contratación pública y contrato administrativo: hacia la superación de una polémica

El tema del contrato administrativo ha ocupado la atención -quizá en exceso-⁴⁷ de la doctrina administrativista por décadas, y en el caso de la jurisprudencia, desde hace casi ochenta años, cuando el máximo Tribunal emite el precedente que parece darle carta de naturaleza a la figura del contrato administrativo en el Derecho venezolano⁴⁸, con características más o menos análogas a las del clásico modelo francés⁴⁹.

La controversia primordial, y de la cual derivan prácticamente todas las demás, se centra en determinar si existe o no esa categoría jurídica, con caracteres y efectos que la identifican, por oposición al contrato privado o de Derecho privado, ambos como sub-especie del género: contratación pública o estatal⁵⁰.

La discusión, sin embargo, adquiere especial trascendencia a partir de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, como consecuencia de un equívoco⁵¹, en ese texto legal se incorporó como criterio, que en algunas

47 Aun cuando, ciertamente, se trata de uno de los aspectos medulares del Derecho Administrativo, como sostiene: BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. Los actos y los contratos administrativos. EJV. Caracas, 2013, p. 625.

48 Cfr. ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, p. 25; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Evolución y desafíos del nuevo contrato Administrativo*. Revista de Derecho Público Núm. 151-152. EJV. Caracas, 2017, pp. 60-61. Una recopilación de la evolución jurisprudencial durante las últimas dos décadas del pasado siglo puede verse en: ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis y Giovanna MASCETTI: *Jurisprudencia de contratos administrativos (1980-1999)*. Editorial Sherwood. Caracas, 1999.

49 Una referencia general al tema puede verse en TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Las actuaciones bilaterales: Los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R. (Dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 221-257, y sobre todo, en la bibliografía allí citada. La tesis clásica fue la adoptada originalmente, por ejemplo, por BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado...*, Volumen III..., pp. 577-582 y 623-624. No obstante, luego el autor modificó sus criterios, como resumimos en: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Lo contencioso del contrato (Cincuenta años después)*. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 280-289. Véase también en la misma obra: GARCÍA SOTO, Carlos: *La teoría de los contratos administrativos*, pp. 241-250.

50 BREWER-CARIAS, *Tratado...* Volumen III, pp. 642-647.

51 Cfr. CABALLERO ORTIZ, Jesús: *Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos*. En: *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos*,

hipótesis determinaba la competencia de la Sala Político-Administrativa del máximo tribunal para conocer de ciertas causas, el que estas se originaran en una pretensión interpuesta con ocasión de una relación jurídica surgida al amparo de un negocio jurídico contractual⁵². Específicamente, según el precepto legal, de un “contrato administrativo” celebrado por los entes públicos político-territoriales: República, Estados y Municipios.

Renovada pues, por el derecho positivo, la importancia práctica del contrato administrativo como categoría jurídica propia en razón de sus implicaciones procesales, lo fue también su estudio, y el mismo originó dos posiciones antagónicas, a saber: una negadora de la existencia teórica y conceptual de tal instituto, y la opuesta, su defensora. Al examinar los señalamientos de la primera para contradecir las premisas que sostienen la presencia de tales contratos quedará claro el panorama doctrinario de cada posición (anverso y reverso de la moneda). De allí que, por razones de obligada concisión, nos centraremos en resumir algunos de los argumentos de las tesis que objetan al contrato administrativo como figura autónoma en nuestro medio⁵³.

financieros y técnicos. Colección textos legislativos núm. 21. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000, pp. 60-62 y del mismo autor: *¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?* En: ARISMENDI, A. y CABALLERO ORTIZ, J. (Coords.) *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*. Tomo II. Civitas Ediciones. Madrid, 2003, pp. 1.775; HERNÁNDEZ G, José Ignacio: *El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana*. En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ª edición actualizada y amentada. Colección Textos legislativos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 172-173.

⁵² Artículo 42.14 LOCSJ. Véase BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen III, pp. 622-623 y 653-657. Ese régimen legal conformó lo que la doctrina denominó el contencioso de los contratos administrativos. Véanse entre otros: *Ibidem*, pp. 799-807.

⁵³ Puede verse en la doctrina venezolana en la última década, además de la bibliografía ya citada, entre otros: ARAUJO JUÁREZ, José: *El contencioso de los contratos administrativos*. En: XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos «Ricardo Hernández Álvarez». Barquisimeto, 2013, pp. 239-276; AA.VV.: *La contratación pública en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2015; AA.VV.: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ª edición actualizada y amentada. Colección Textos legislativos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014; SUBERO MUJICA, Mauricio: *La ineludible decadencia del contrato administrativo en el Derecho venezolano. Comentarios a propósito de la potestad de terminación anticipada del contrato*. En: AA.VV.: Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 975-1.006, y del mismo autor: *Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano número 9, mayo-agosto 2016. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2016, pp. 91-144 (disponible en línea: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/04/Criticas-Doctrina-Contrato-Administrativo-Venezuela-MSM.pdf>); HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del Contrato Administrativo*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 10. Homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén. Caracas, 2018, pp. 189-208. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_I_189-208.pdf

Esas objeciones parten de la premisa atinente a que en el Derecho Administrativo venezolano no puede haber contrataciones en las que una parte contratante sea un ente público estatal que se rijan exclusivamente por el Derecho Administrativo, por oposición a otras reguladas enteramente por el Derecho Privado. Es decir, o todos los contratos celebrados por los mencionados entes son contratos administrativos, o ninguno, pero lo que no puede darse es esa dualidad, toda vez que siempre hay un régimen *ius* administrativo, más o menos extenso según cada tipo de contrato que celebra la Administración Pública, por el simple hecho de serlo.

De tal manera, las tesis negadoras se fundamentan en la ya mencionada interaplicación del Derecho Público y Privado a la actividad administrativa, incluyendo la contratación. Por consiguiente, según estas, no hay contratación estatal regulada entera y únicamente por el Derecho Privado, ni puede haberla⁵⁴. A su vez, no hay contratos privados –o de Derecho Privado- de la Administración Pública⁵⁵.

A ello se agrega el cuestionamiento de los dos criterios fundamentales de identificación del contrato administrativo delineados por la jurisprudencia, e inspiradas en el modelo francés. Esto es: la existencia de “cláusulas exorbitantes” (no usuales en la contratación privada), expresas o implícitas en el negocio jurídico, y la finalidad de servicio público que debe inspirar su celebración y ejecución⁵⁶.

Esas “cláusulas exorbitantes”⁵⁷, noción imprecisa como pocas, se hacen aún más etéreas por cuanto, con la tesis que postula su existencia incluso aunque no estén en el texto del contrato ni en la normativa que lo rige, terminan entonces convirtiéndose en una suerte de arcanos prestos a ser sobrevenidamente identificados e invocados por la Administración Pública durante la fase de

54 BREWER-CARIÁS, *Tratado...* Volumen III, pp. 646-647. Y es que: “En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración” (Ibídem, p. 653).

55 Baste pensar en las normas administrativas que regularán la competencia del ente público contratante, el procedimiento que regirá esa contratación y la ejecución de esta, y las que precisen su propósito y finalidad. Y es que, como ya se señaló, la Administración Pública nunca actúa como un particular, aunque en ocasiones pueda valerse de las normas diseñadas para regir las relaciones entre estos últimos. De allí que se enfatice que en la contratación estatal habrá preponderancia en todo caso, del Derecho Administrativo o del Civil, dependiendo del caso (BREWER-CARIÁS, *Tratado...* Volumen III, pp. 626-629 y 644-645). Véase también, recientemente: HERNÁNDEZ G., *El rapto...*, pp. 202-202.

56 BREWER-CARIÁS, *Tratado...* Volumen III, p. 643.

57 Sobre ellas pueden verse, entre otros: BREWER-CARIÁS, *Tratado...* Volumen III, pp. 648-652.

ejecución contractual⁵⁸. Todo ello, en detrimento de la seguridad jurídica y, en muchas ocasiones, de los derechos contractuales del particular contratista.

Pero si se opta por el segundo criterio para identificar al contrato administrativo, esto es, el de la finalidad de servicio público, no desaparece la inseguridad jurídica que lleva consigo el previo. La imprecisión con que la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana manejó siempre esa segunda noción, agravada en las últimas dos décadas, determina que, ante una controversia judicial derivada de la celebración o ejecución de un contrato celebrado por la Administración Pública, será contrato administrativo o contrato privado, en última instancia, lo que el juez diga⁵⁹.

Si se agrega que la diferenciación de categorías (contrato administrativo-contrato privado) aparece en la tesis clásica la existencia o no de un *ius variandi* también exorbitante, entre otras cláusulas exorbitantes, la bandeja estaba servida para que el contrato administrativo –con sus implicaciones sustantivas y procesales– resultase un elemento notablemente perturbador en las previsiones contractuales, y también por supuesto en las financieras y económicas, de cualquier privado contratista de la Administración Pública⁶⁰.

A esas objeciones se añade otro argumento destacado más recientemente⁶¹. La presencia de cláusulas exorbitantes implícitas atenta contra el principio de juridicidad de la actividad administrativa, en su modalidad de vinculación positiva,

⁵⁸ Véase por ejemplo: MUCI BORJAS, José Antonio: *Contratos administrativos y potestades exorbitantes. Reflexiones en torno a las potestades exorbitantes cinco décadas después de la publicación de Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo del profesor Brewer Carías*. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 264-278; HERNÁNDEZ G., *El rapto...*, pp. 196-199.

⁵⁹ Y en el caso de la actual jurisdicción contencioso-administrativa venezolana que desdice de sus cometidos constitucionales para fallar siempre en favor de la Administración Pública, el resultado ya está predeterminado. Ello a pesar de que, recientemente por ejemplo, se ha reiterado que los elementos subjetivo y material para identificar al contrato administrativo son *ex ante*, y no creados artificialmente *ex post* para transmutar un contrato de la Administración en un contrato administrativo (FRAGA PITTALUGA, Luis: *Presentación*. En: BREWER-CARIÁS, Allan R.: *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*, EJV. Caracas, 2019, p. 27). De allí que se acoten los riesgos que la indebida expansión del contrato administrativo puede generar en manos de Estados fallidos o disfuncionales (*Ibidem*, p. 28), como justamente se evidencian en la obra allí presentada.

⁶⁰ Véase recientemente, entre otros: HERNÁNDEZ G., *El rapto...*, pp. 204-207. Desde una perspectiva más general: LINARES BENZO, Gustavo: *«Han discrepado muchos autores». El equilibrio financiero del contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas*. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 251-263.

⁶¹ Cfr. por ejemplo: HERNÁNDEZ G., *El rapto...*, pp. 202-204.

que es la predominante en el Derecho Administrativo venezolano y la consagrada legislativamente. Por tanto, no es solo un problema de seguridad jurídica o de desigualdad contractual manifiesta e injustificable. Es que la tesis de los poderes implícitos –que es a la que conduce en última instancia la aceptación de las cláusulas contractuales exorbitantes no escritas- es contraria a ese principio cardinal del Derecho Administrativo, y por tanto, de la actividad administrativa.

Así las cosas, en previa ocasión sugerimos que la discusión se encontraba algo estancada en nuestra doctrina⁶², toda vez que, incluso luego de que se produjeron cambios legales que determinaron la desaparición de las previsiones que se referían a la categoría del contrato administrativo, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, la controversia se mantenía en los mismos términos de siempre⁶³. A tal planteamiento respondían los defensores del mantenimiento de tal instituto con un argumento muy respetable, a saber: una categoría jurídica no desaparece porque no se encuentre en el Derecho positivo⁶⁴. Ello es cierto, pero en tal caso, la persistencia del instituto debe responder a su utilidad conceptual o práctica, o mejor aún, a ambas. Y en el caso del contrato administrativo, esto también puede cuestionarse. No porque no haya contratación pública o estatal, sino porque la diferenciación entre contratos administrativos y privados no respondía a un régimen jurídico realmente diferenciado, sobre todo, normativamente⁶⁵. Y ese marco jurídico luce necesario en atención a que se está en el reino del principio de juridicidad.

No obstante, quizá el autor más representativo de la posición que en nuestro medio defiende a ultranza la existencia del contrato administrativo ha planteado un cambio, sutil en apariencia, pero trascendente en su posición, que lo aproxima a las tesis negadoras. O mejor aún, que permite superar la controversia. Esto último por cuanto, como también tuvimos ocasión de acotar, buena parte de la polémica en este asunto venía oscurecida por discusiones terminológicas, que se sumaban a las de fondo⁶⁶.

Ello es así porque, al señalarse que la teoría del contrato administrativo, caracterizado entre otros criterios por una preponderancia de normas de Derecho Administrativo⁶⁷, descansa en la existencia de una serie de potestades

62 TORREALBA SÁNCHEZ, *Las actuaciones...*, pp. 233-235.

63 No en todos los casos, como puede verse por ejemplo en el trabajo de HERNÁNDEZ-MENDIBLE ya citado en este sub-epígrafe.

64 ARAÚJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo General. Acto y Contrato Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 258-259. Véase también del mismo autor: *El contencioso de los contratos administrativos...*, pp. 274-275.

65 Cfr. TORREALBA SÁNCHEZ, *Las actuaciones bilaterales...*, pp. 234-235; HERNÁNDEZ G., *El rapto...*, p. 203; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *El contrato administrativo en el Derecho Administrativo Global. Una perspectiva iberoamericana*. Revista de Derecho Público Núm. 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 217-219.

66 TORREALBA SÁNCHEZ, *Las actuaciones...*, pp. 231-233.

67 El matiz es importante, pues se admite que no hay aplicación exclusiva e irrestricta (ARAÚJO-JUÁREZ, *La teoría...*, pp. 76 y 116).

normativamente reguladas, y que son las que permiten a la Administración Pública contratante hacer uso de una serie de poderes⁶⁸, se produce un cambio trascendente. Se transita desde el *ius variandi* fundamentado en la condición de ente público y en el servicio al interés general que preside la noción tradicional del contrato administrativo, a la *potestas variandi* que se ancla en el ordenamiento legal. El resultado es que puede admitirse, entendemos que incluso por quienes adversan el vocablo, la existencia de un contrato administrativo normativamente delimitado en su tipificación, naturaleza, propósito y, lo que es más importante a los efectos de esta discusión, en cuanto a los deberes y derechos contractuales de cada parte, así como en lo concerniente a las potestades legales de la Administración Pública contratante⁶⁹.

Y ello porque, en ese caso, tal contrato administrativo será el resultado de otorgar un término específico a un tipo de contratos cuyo régimen uniforme determina una categoría jurídica delineada por el correspondiente marco normativo⁷⁰. Específicamente, los contratos que celebra la Administración Pública cuya regulación permite el empleo en caso de ser necesario de una serie de potestades públicas ajenas a las usuales en una relación contractual tradicional *inter privados* (prescindiendo de los contratos de adhesión). A su vez, esos poderes derivarán no de una esencia supuestamente distinta a la de la contratación ordinaria, ni de unas cláusulas implícitas, ni mucho menos de una finalidad de servicio público invocada o descubierta sobrevenidamente, sino del marco normativo legal aplicable y ajustado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Bajo esas premisas, no parece que haya mucho que objetar.

Desaparece así el contrato administrativo importado por nuestra jurisprudencia del Derecho Administrativo francés clásico, pero acentuado en lo que respecta a darle poderes casi omnímodos a la Administración Pública en virtud de una laxa interpretación de sus caracteres identificadores. Y en cambio, viene a sustituirlo el contrato administrativo, si se quiere mantener el término en obsequio a la tradición, delineado por el principio de juridicidad y con un régimen normativo que permite al particular que contrata con la Administración Pública

68 Cfr. *Ibidem*, pp. 84-86, 94-99, 105-123, 136-137 y 143-153. Ya lo había adelantado BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen III, p. 653; en similar sentido: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Evolución...*, pp. 74-75.

69 Y es que: “Si realmente se reconoce y aplica la regla conforme a la cual los órganos que ejercen el Poder Público deben hacerlo conforme a la Ley y al Derecho, da absolutamente igual que sea el calificado de Derecho Público o de Derecho Privado” (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Evolución...*, p. 73).

70 Sin olvidar que, como acota la doctrina: “Cuánto tiempo se hubiese ahorrado la doctrina científica en meditar sobre la denominación de los contratos, las cláusulas exorbitantes o el régimen jurídico aplicable, si el legislador hubiese cumplido oportunamente la Constitución y de manera técnicamente correcta, coherente e integral, hubiese expedido un código de la contratación pública...” (*Ibidem*, p. 86).

saber a qué atenerse en lo que se refiere a los deberes y derechos de cada contratante. Al igual que en lo que se refiere a las potestades de la Administración Pública incluso en las hipótesis en que la última haga valer sus poderes administrativos más acentuados⁷¹.

Resuelto así el principal escollo sustantivo para la aceptación del contrato administrativo, entendido como especie del género contrato estatal o contrato público, -la denominación no es lo que más importa sino su régimen jurídico-⁷² desaparece también en la dogmática, porque ya era así en el Derecho positivo, su trascendencia procesal, en el sentido de su existencia por oposición a un contrato privado cuyas controversias debían ser resueltas por la Justicia Ordinaria. Asunto que determinó –valga recordarlo- el nacimiento de tal figura en cuna francesa⁷³, y que fue asumido en nuestro Derecho originalmente por la jurisprudencia.

Será en cambio, la presencia de la Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones, incluso bajo la veste del Derecho Privado, la que determinará la competencia de la Justicia Administrativa para conocer de las pretensiones que se interpongan con ocasión de las controversias que surjan de esa actividad contractual, o actuación bilateral, como la llama la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷⁴.

La anterior aseveración conecta con el aspecto adjetivo, lo que facilita adentrarse en el último asunto que será tratado en estas páginas.

3.2. El Derecho aplicable como criterio fundamental para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

Previamente señalamos el fenómeno, constatado por la doctrina latinoamericana y desde luego la venezolana, de la interaplicación del Derecho Privado-Derecho Público a la Administración Pública y a su actividad. Ello se refuerza –como ya se destacó- en virtud de la noción amplia de esta última como complejo orgánico, que incluye no solo una visión subjetiva sino también funcional.

71 Cfr. ARAUJO-JUÁREZ, *La teoría...*, pp. 162-168. Sobre esas potestades, puede verse entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Evolución* pp. 75-82.

72 Sobre este asunto, véase también: *Ibidem*, pp. 88-89.

73 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Tratado...* Volumen III, pp. pp. 642-643 y 652.

74 En similar orientación, se señala que: "...la propia Constitución reconoce que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para controlar la conformidad a Derecho de toda la actividad administrativa, lo que supone que el control jurisdiccional no se limita a constatar la sujeción al Derecho Administrativo, sino a todo el Derecho, situación ésta que conduce a que esta jurisdicción pueda conocer de los contratos regidos preeminentemente por el Derecho Público o predominantemente por el Derecho Privado..." (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Evolución...*, p. 88).

Consideramos que esa premisa contribuye a reforzar una tesis interpretativa que hemos planteado en previas oportunidades⁷⁵. A saber, la de adversar la adopción de la fórmula española del sometimiento o sujeción al Derecho Administrativo de la actividad administrativa y de las pretensiones procesales, como criterio determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ordenamiento venezolano⁷⁶.

La razón primordial de nuestro reparo es que, a diferencia de lo que se sostiene mayoritariamente en el Derecho Administrativo español, si en el venezolano se entiende que la Administración Pública no viene determinada ni por el dato de la personalidad jurídica ni por la aplicación exclusiva y excluyente a ella del Derecho Administrativo, hay una consecuencia que nos luce ineludible, a saber: el criterio del régimen aplicable deja de tener esa importancia fundamental que aparentemente ostenta en otros ordenamientos a los efectos de deslindar la esfera de actuación de la Justicia Administrativa del resto de los órdenes competenciales de la función jurisdiccional.

Pero hay más. Nos luce cuestionable la adopción irrestricta de ese criterio, porque esa sujeción al Derecho Administrativo siempre se dará, así sea parcialmente, tratándose de la Administración Pública y de su actividad, inclusive si ella actúa bajo las formas del Derecho Privado, toda vez que –se insiste– persistirá ese “núcleo” de normas ius publicistas que orientan la finalidad de servicio a la ciudadanía, es decir, al interés general. Y esto es demostrable

⁷⁵ Véanse, además de nuestros trabajos ya citados: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Comentarios sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de pretensiones de nulidad de actos dictados por el Instituto de Aeronáutica Civil*, en: SILVA ARANGUREN, A. y G. SIRA SANTANA (Coords.): *Anuario de Derecho Aeronáutico* 2017. Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2018, pp. 88-96; *Reflexiones sobre la vinculación entre el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Derecho de fondo aplicable. A propósito –una vez más– de la sentencia de la SPA-CSJ FETRAEDUCACIÓN*, en: Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón. Editorial Jurídica Venezolana-Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL)-Baker Mackenzie. Caracas, 2019, pp. 2.039-2.054, publicado también en: *Revista de Derecho Público* N° 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 394-405; *Sobre algunas intersecciones entre el juez administrativo y el juez ordinario en Francia, con especial referencia a la vía de hecho y a la protección de los derechos y garantías constitucionales. Diferencias con el caso venezolano*, en: UROSA MAGGI, D., ROJAS PÉREZ, M. y J.R. BELANDRA GARCÍA (Coords.): *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*. Centro para la integración y el Derecho Público (CIDEP)-Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Libro electrónico edición *Kindle*. Caracas, 2020, posiciones 12240-12298.

⁷⁶ Tesis sostenida por ejemplo por UROSA MAGGI, Daniela: *La pretensión procesal administrativa*. En: AA.VV: *El contencioso administrativo hoy*. (FUNEDA). Caracas, 2004, pp. 103-128. Véase más recientemente de la misma autora, por ejemplo: *Aspectos...*, pp. 319-322. Véanse también los artículos 1, 2 y 4 del Anteproyecto de la Ley Reguladora del Sistema Contencioso-Administrativo, elaborado por Hildegard Rondón de Sansó, publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Núm. 137. ACIENPOL, Caracas, 2000, pp. 421-464.

inclusive en la actividad de prestación, es decir, en los clásicos rubros de la actividad de servicio público o en la de fomento.

Por ende, esa interrelación entre la *summa divisio* Derecho Público-Derecho Privado, hasta en la actividad administrativa menos derivada del *imperium* y de la *potestas* del Estado Constitucional de Derecho de garantía de prestaciones, impide encuadrar rígidamente a la primera en su sometimiento exclusivo al Derecho Administrativo. Porque ese último no siempre será exclusivo, pero presente sí estará. Por consiguiente, de una u otra forma, todas las pretensiones que se plantean ante la jurisdicción contencioso-administrativa están en mayor o menor medida sometidas al Derecho Administrativo.

De tal manera que, resultando diversas las premisas dogmáticas y conceptuales de las que parte la concepción orgánico-funcional de la Administración Pública, como objeto del Derecho Administrativo, no parece aconsejable la importación de la cláusula de la sujeción o sometimiento al Derecho Administrativo de determinada forma en que se exterioriza la actividad que esta realiza, como criterio que delimita la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al contrario, partiendo de una interpretación sistemática de los lineamientos constitucionales que regulan a la Justicia Administrativa en el caso venezolano, sobre todo del artículo 259 constitucional, entendemos que el criterio orgánico, en el sentido de que la parte demandada sea una Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones⁷⁷, se alza como el dato fundamental –auxiliado con otros en ciertos casos- y que arrojará luces sobre cuáles asuntos corresponden ser conocidos y decididos por el juez administrativo.

Así pues, ni la sujeción de la pretensión al Derecho Administrativo, ni tampoco que esta se interponga como consecuencia de una controversia derivada de una relación jurídico-pública no constitucional (posición predominante para el caso alemán⁷⁸ y cuya adopción propuso un sector de la doctrina venezolana)⁷⁹,

⁷⁷ En similar sentido: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Evolución...*, p. 88. Entendemos que es a ello a que se refiere HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, p. 181, nota al pie 356 y p. 222, al hablar de la relación jurídico-administrativa como criterio determinante de competencia del juez administrativo.

⁷⁸ SOMMERMANN, Karl-Peter: *La Justicia Administrativa en Alemania*. En: BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord): *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Civitas S.A. Madrid, 1993, pp. 66-67; UHLE, Arnd y Marc LEHZ: *La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania*. En: ROSADO PACHECO, S. (Coord): *Modelos de Justicia Contencioso-Administrativa*. Dykinson. Madrid, 2007, 98-100.

⁷⁹ Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, pp. 59-65. Esa tesis es objetada también por HERNÁNDEZ G., *Introducción...*, pp. 122-123, al señalar que no es el Derecho aplicable al fondo de la controversia, sino la presencia de una Administración Pública o de la actividad administrativa, lo que determina la competencia del juez contencioso-administrativo. De hecho, el mismo autor ha apuntado más recientemente que cualquier tipo de pretensión, así se dirija contra la actividad administrativa regida preponderantemente por el Derecho Privado, será

nos parecen viables como criterios determinantes de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a otros ámbitos competenciales. Ello, sin perjuicio de que puedan servir como variables auxiliares o complementarias, en caso de dudas, o insuficiencias o efectos indeseables en la hipótesis de aplicación del criterio fundamental en este asunto, que no es otro que el la competencia *ratione personae*, en razón de la naturaleza de la parte demandada (Administración Pública).

Reflexión final

Con la cita borgiana al inicio de estas páginas se pretendió plantear de inicio que el tema aquí abordado no es del todo producto de un fenómeno exclusivo de los tiempos actuales. Baste remitir a una obra ya clásica de nuestra disciplina para demostrarlo⁸⁰. Y es que las relaciones convergentes o divergentes entre el Derecho Privado y el Derecho Público han sido en muchos casos el punto de partida de este último. De allí el empeño de los iniciadores en el estudio del Derecho Administrativo en darle a este vocación de originalidad y autonomía, dada la imponente sombra del casi sempiterno Derecho Civil⁸¹.

No es ese el problema en estos tiempos y latitudes, sino el de configurar un Derecho Administrativo que pueda lograr eficazmente sus cometidos constitucionales sin trastocar la lógica de funcionamiento de las diversas disciplinas jurídicas, a la vez que sin perder su contorno de servicio al interés general. Y lógicamente, de respeto a los derechos constitucionales, asunto tan alejado de la realidad venezolana actual.

Se trata de retos de siempre, pero paradójicamente, más actuales que nunca. De allí la pertinencia de la denominación de este Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, en el sentido de referirse a las exigencias del Derecho Administrativo a principios del siglo XXI. En estas páginas solo nos limitamos a esbozar algunas de las muchas aristas del problema, presentes en un ordenamiento jurídico en un tiempo y lugar concretos, destacando primeramente fenómenos comunes tales como: la constitucionalización del Derecho Civil; la interaplicación del Derecho Privado y Público a la Administración Pública y a su actividad; o el uso del vocablo Derecho Administrativo Privado o Derecho Privado Administrativo.

competencia de la Justicia Administrativa (HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Los recursos contencioso-administrativos*. En: HERNÁNDEZ, J.I. (Coord.): Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 337).

⁸⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Civitas. Madrid, 1996.

⁸¹ Cfr. por ejemplo: RIVERO, *¿Existe...?*, pp. 27-44. Ese afán de autonomía es hoy innecesario, como destaca BREWER-CARIÁS, *Tratado...* Volumen III, p. 644.

Luego, se comentaron brevemente casos más particulares, como el estado de la cuestión en cuanto a la existencia o no de la dicotomía contratos administrativos-contratos privados o la adopción del criterio material (régimen aplicable a una relación jurídico-administrativa) como elemento determinante de la competencia de la Justicia Administrativa. Hay, por supuesto, muchos más, que en posterior ocasión se espera poder tratar, dado que se está en presencia de un tema rico en derivaciones y abundante en matices, y por tanto, proclive a su estudio más pormenorizado. Y es que el movimiento pendular en cuanto a la conocida huida y retorno del Derecho Administrativo respecto al Derecho Privado, es una variable presente desde el origen de la disciplina y en pleno auge en la actualidad.