

EL PROCESO DE HUIDA Y DE RECUPERACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Allan R. BREWER-CARÍAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La huida del régimen general de la organización administrativa*. III. *La laboralización del régimen de la función pública*. IV. *La aplicación del derecho administrativo al ejercicio de la función administrativa*. V. *La penetración del Poder Legislativo en la función administrativa*. VI. *La proyección del derecho administrativo hacia actuaciones de personas jurídicas no estatales*. VII. *La fática “privatización” del ejercicio de actividades administrativas*. VIII. *La inexistencia de actos o de contratos estatales exclusivamente de derecho privado*. IX. *La publicización progresiva del derecho privado*. X. *La configuración del régimen de la responsabilidad administrativa*. XI. *La expansión del contenido administrativo*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo, como derecho de la administración pública, es el derecho que le es común, peculiar y normal; sin embargo, evidentemente, ello no significa ni ha significado jamás que sea un derecho exclusivo de la administración pública y excluyente de otras ramas que le puedan ser aplicadas.

No es exclusivo, pues el derecho administrativo es comúnmente aplicable a los particulares, al punto de que en muchos casos es el que preponderantemente se aplica a los individuos desde que nacen hasta que mueren. Y no es excluyente, porque el derecho administrativo no es el único derecho aplicable a la administración pública. Ésta, en todos los campos antes señalados que conforman el objeto del derecho administra-

tivo, también se rige por el derecho privado —el cual, por supuesto, está en la génesis de tantas instituciones del derecho administrativo—,¹ unas veces más, otras veces menos, dependiendo de las épocas históricas y de las políticas públicas; y que siempre conforman el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo.

En todo caso, siempre ha habido una interaplicación del derecho administrativo y del derecho privado a la administración pública; pero el problema, siempre, ha sido el determinar las fronteras y la intensidad de su respectiva aplicación. En otros términos, el tema tradicional de discusión en el derecho administrativo ha sido el establecer cuáles son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los hay; y hasta qué punto la aplicación del derecho privado a la administración pública constituye realmente una huida de ésta del derecho administrativo,² que incluso se ha considerado como inconstitucional.³

En efecto, no hay que olvidar que el derecho administrativo, como derecho aplicable a la administración, como antes se ha analizado, tiene rango constitucional, pues en definitiva el fundamento de todas sus instituciones está en el propio texto constitucional. Por ejemplo, en materia de organización administrativa, en el mismo se regulan los principios de la organización central y ministerial (artículos 141, 142 y 236.20); las personas de derecho público territoriales y no territoriales (artículos 145 y 322); los institutos autónomos (artículo 142) y las empresas del Estado

¹ Cfr. Retortillo Baquer, Sebastián Martín, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996.

² Cfr., en general, en la doctrina española, Chinchilla, Carmen *et al.*, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992; Serna Bilbao, María Nieves de la, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comentarios*, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.; Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y administración. Tres estudios*, Madrid, 1995; González-Varas Ibáñez, Santiago, *El derecho administrativo privado*, Madrid, 1996; Saz, Silvia del, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 133, pp. 57 y ss.; Borrajo Iniesta, I., “El intento de huir del derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 78, pp. 233 y ss.; Laguna de Paz, José Carlos, “La renuncia de la administración pública al derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 136, 1995, pp. 201 y ss.

³ Cfr. Saz, Silvia del, “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en Chinchilla, Lozano *et al.*, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, *cit.*, pp. 172 y ss.

(artículo 300). En materia de funcionarios públicos se prevé expresamente el estatuto de los mismos (artículos 144 a 149). En materia de formas de la actividad administrativa se establecen los principios de la policía administrativa (artículos 20, 156.6, 164.6 y 178), de los servicios públicos (artículos 84, 86, 102, 103, 113, 156.29, 164.7, 178, 196.6, 281 y 259) y el fomento (artículos 306 y ss.), y la ordenación de las actividades particulares (artículos 112 y 128). En cuanto a la actividad administrativa, se establecen principios sobre los actos administrativos (artículos 259 y 266.5) y los contratos de la administración (artículos 113, 150 y 151); y sobre la responsabilidad administrativa (artículos 25, 49.8, 139, 140 y 255) y sobre el control fiscal (artículo 287). En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, la misma se ha constitucionalizado (artículo 259), al igual que la jurisdicción contencioso electoral (artículo 297). En esta forma, como consecuencia de la constitucionalización del derecho administrativo, toda regulación que signifique huida del derecho administrativo y que contrarie las normas indicadas sería inconstitucional. Así se ha considerado, por ejemplo, en los casos de exclusión del estatuto de los funcionarios públicos y aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo respecto de funcionarios de un instituto autónomo.⁴

En las últimas décadas este tema ha estado en el centro de la polémica de nuestra disciplina en todo el mundo, particularmente como consecuencia de los procesos de desregulación, desburocratización y privatización, que han constituido el signo del Estado de nuestro tiempo, una vez que el Estado social, al entrar en crisis en las últimas décadas en todo el mundo occidental, tuvo que acudir al auxilio de la sociedad para la generación de riqueza, y mediante la inversión privada, lograr la multiplicación del empleo. Por supuesto, ello con las excepciones derivadas del estatismo exacerbado que en algunos casos aislados todavía provoca, por ejemplo, la relación Estado rico-país pobre, que ha caracterizado a ciertos “Estados petroleros” conducidos por el populismo desenfrenado.⁵

⁴ Cfr. el voto salvador de Gustavo Urdaneta T. y Alexis Pinto D. a la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993, caso Ipostel, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 53 y 54, 1993, p. 419.

⁵ Cfr. Brewer-Carías, Allan R., “Discurso de instalación. Reflexiones sobre el Estado rico y el país pobre”, *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, 2004, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 3 de noviembre de 2004, en [www.allanbrewercarias.com]. (Conferencia 2004).

Nuestra intención, en párrafo, es hacer algunas reflexiones sobre este tema de la huida y recuperación del derecho administrativo, conforme se ha venido planteando en la doctrina del derecho administrativo y las respuestas diversas que se han venido dando, caso a caso, en el derecho venezolano, en varios aspectos de los grandes bloques de regulación propios del derecho administrativo.

II. LA HUIDA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El primer elemento que debemos retener en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el del abandono progresivo de las formas clásicas de la administración pública, por supuesto, para huir de su régimen jurídico —el de la administración central del Estado— y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a la aparición de las empresas públicas.⁶ Antes, habían surgido los institutos autónomos, cuya razón fue dar más flexibilidad y autonomía a la realización de los cometidos estatales, dotando de personalidad jurídica de derecho público a determinados patrimonios afectados a un fin de utilidad pública, generalmente de carácter económico, industrial o comercial, o de carácter social.⁷ Fue la primera forma de ruptura del principio de la unidad del Tesoro que se inició en nuestro país en los años veinte.⁸

El instituto autónomo fue, así, el paradigma de la administración descentralizada, hasta que el ingreso petrolero llevó al Estado venezolano a intervenir directamente en la economía, sin ningún principio de subsidiaridad que lo limitara, proliferando en nuestro medio, empresas del Estado de toda índole y actividad.⁹

⁶ *Idem*, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

⁷ Caballero Ortiz, Jesús, *Los institutos autónomos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.

⁸ Brewer-Carías, Allan R., “50 años en la evolución institucional de Venezuela 1926-1976”, en Velásquez, Ramón J. *et al.*, *Venezuela moderna. Medio siglo de historia 1926-1976*, Fundación Mendoza, 1976, p. 670.

⁹ Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el derecho venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982.

Tanto los institutos autónomos como las empresas del Estado han sido figuras organizativas propias del derecho administrativo, pero, por supuesto, por la forma jurídica adoptada se hizo presente, sobre todo en las últimas, el derecho privado. Si para constituir las se optó por la forma jurídica societaria del derecho mercantil, éste comenzó a aplicárseles en toda su integridad, pero sin desplazar al derecho administrativo. La situación, aquí, ha sido de preponderancia en la aplicación del derecho privado para escapar de la rigidez de la organización administrativa clásica, pero paralelamente a ello el derecho administrativo ha venido penetrando y recuperando su campo de actuación.

Así, en las regulaciones más generales surgió el concepto de “sector público”, de manera que, por ejemplo, para el régimen presupuestario y de crédito público,¹⁰ por más sociedades anónimas de derecho privado que sean, las empresas del Estado fueron abarcadas por dicho régimen quedando precisamente amarradas al sector público, es decir, a los entes estatales. De allí, incluso, la propia denominación de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.¹¹

Lo mismo sucedió con el concepto de patrimonio público, de manera que la descentralización funcional con forma societaria no produjera una huida respecto a los controles y régimen de la gestión, responsabilidad y salvaguarda del patrimonio público. Así, las empresas del Estado, a los efectos de la Ley contra la Corrupción¹² y de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,¹³ están todas en el mismo régimen, igual que la más clásica administración central. Por ello, más que una huida del derecho administrativo, en este campo hemos venido presenciando un aseguramiento, más que recuperación, de áreas perdidas, aun cuando no necesariamente para bien en cuanto a la flexibilidad que exigen algunas áreas de la gestión pública.

Menos conveniente ha sido, por otra parte, el uso de la tradicional figura del instituto autónomo para personificar actividades que nada tienen

¹⁰ Por ejemplo, artículos 1o., de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, *Gaceta Oficial*, núm. 40718, extra, del 26 de abril de 1994, y 2o., de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público, *Gaceta Oficial*, núm. 35.007, del 26 de octubre de 1992.

¹¹ Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial*, núm. 38.198, del 31 de mayo de 2003.

¹² Artículo 4.10, *Gaceta Oficial*, núm. 5.637, extra, del 7 de abril de 2003.

¹³ Artículo 9.10, *Gaceta Oficial*, núm. 37.347, del 17 de diciembre de 2001.

que ver con áreas de carácter económico o social y que constituyen las más clásicas funciones del Estado, como sucedió en 1993 con el Consejo Nacional Electoral,¹⁴ un auténtico disparate jurídico administrativo. Igualmente ha sucedido con la atribución a la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras del carácter de instituto autónomo,¹⁵ y a la Comisión Nacional de Valores de personalidad jurídica y patrimonio propios.¹⁶

En todo caso, en cuanto a la forma jurídica de derecho privado de carácter societario atribuida a ciertos entes públicos, no debe dejarse de mencionar el caso del Banco Central de Venezuela, persona de derecho público institucional, originalmente de carácter asociativo y, en todo caso, con forma de sociedad anónima y que tiene un régimen jurídico mixto, como lo ha reafirmado la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia.¹⁷

Dicho régimen, por supuesto, es preponderantemente de derecho público, ya que se trata del instituto emisor y regulador del crédito y de la moneda, al cual, por su forma jurídica, también se le aplica el derecho mercantil. A pesar de ello, sin embargo, la propia antigua Corte Suprema de Justicia, en una desafortunada sentencia de la Sala Político-Administrativa, del 18 de julio de 1985, en un intento de expulsión más que de huida del derecho administrativo, llegó a interpretar lo contrario, es decir, que el instituto emisor era una “persona de derecho privado” que se regía casi exclusivamente por el derecho privado, al punto de considerar que el decreto presidencial de nombramiento del propio presidente del instituto, que además de emisor es contralor del crédito en general y de la estabilidad monetaria, no era un acto administrativo, sino un simple acto

¹⁴ Artículo 38, Ley Orgánica del Sufragio, *Gaceta Oficial*, núm. 4.918, extra., del 2 de junio de 1995.

¹⁵ Artículo 213, Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Decreto-Ley 1.526), *Gaceta Oficial*, núm. 5.555, extra, del 13 de noviembre de 2001.

¹⁶ Artículo 2o., Ley de Mercado de Capitales, del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial*, núm. 36.565, del 22 de octubre de 1198.

¹⁷ Artículo 318 C. La antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, señaló con toda precisión: “El Banco Central de Venezuela es un establecimiento público asociativo, creado por ley, que forma parte de la administración descentralizada, y el cual se encuentra sometido a un régimen jurídico mixto, configurado tanto por normas de derecho público como de derecho privado”, sentencia 985, del 10 de noviembre de 1994, caso Seguro Saint Paul de Venezuela, S. A. vs., BCV, consultada en original.

societario, y por tanto no susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa.¹⁸

En las últimas décadas, y particularmente a partir de 1961, cuando la creación de institutos autónomos por parte de los órganos del Poder Ejecutivo se hizo más difícil por la exigencia constitucional de que su creación sólo se podía hacer mediante ley especial en cada caso,¹⁹ comenzó a proliferar el uso de otras formas jurídicas de derecho privado distintas de las societarias para la gestión descentralizada de actividades públicas, particularmente de orden social y administrativo. Se crearon así multitud de asociaciones civiles del Estado, y de fundaciones del Estado, en cuya constitución, dirección y financiamiento en algunos casos también participaban particulares.

Si bien las mismas no ejercen, en general, poder público, pues en relación con ellas no se produce una transferencia de potestades por ley, sí han abarcado un amplísimo campo de la gestión social del Estado, que provocó, sin duda, una huida de las mismas del derecho administrativo. La reacción, en todo caso, no se hizo esperar mucho y, al igual que sucedió con las empresas del Estado, no sólo se incorporaron las asociaciones civiles y fundaciones del Estado en la enumeración legal de los entes que conforman el sector público²⁰ y de los que conforman el patrimonio público,²¹ sino que incluso, en 1985, fueron objeto de una regulación legal especial —que no abarcó a las empresas del Estado— dictada mediante decreto-ley,²² cuyo objetivo fue integrar definitivamente al sector público

¹⁸ Cfr. sentencia del 18 de julio de 1985, caso Leopoldo Díaz Bruzual, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 24, 1985, pp. 103-108. Cfr. los comentarios crípticos que hemos formulado a esa sentencia en Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial*, cit., pp. 489 y ss.

¹⁹ Artículo 230 C. de 1961 y 142 C. de 1999.

²⁰ Por ejemplo, el artículo 1o. de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, y en el artículo 2o. de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público. Cfr. artículos 5o., 6o. y 10o. de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial*, núm. 38.198, del 31 de mayo de 2005.

²¹ Artículo 4o. de la derogada Ley Orgánica de Salvaguardar el Patrimonio Público. Cfr. artículo 4.11 de la Ley Orgánica contra la Corrupción, *Gaceta Oficial*, núm. 5.637, extra, del 7 de abril de 2003.

²² Cfr. el derogado Decreto-Ley 677 del 21 de junio de 1985 sobre normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a instituciones privadas similares, *Gaceta Oficial*, núm. 3.574, extra, del 21 de junio de 1985.

a dichos entes, mediante el establecimiento de estrictos medios de control. En dicha normativa se consideró como parte de los entes estatales no sólo a las fundaciones creadas o dirigidas por éstos, o en las cuales hubiesen aportado más del 50% de su patrimonio, sino aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para el Estado. Frente a la huida o, más precisamente, frente al escurrimiento desenfrenado de entes y actividades del campo del derecho administrativo, se establecieron las compuertas necesarias e, incluso, se recuperó lo que se había desparramado. A partir de 2001, en todo caso, mediante la Ley Orgánica de la Administración Central²³ se estableció una regulación general y uniforme sobre todos los entes que conforman la administración descentralizada funcionalmente, con formas de derecho público (instituto autónomo) y con formas de derecho privado (asociaciones civiles del Estado, empresas del Estado y fundaciones del Estado).

Por tanto, a pesar de que los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas de derecho privado con objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible propio del derecho privado, el derecho público siempre les resulta aplicable, particularmente cuando se dicta una normativa legal integradora que regule a dichos entes en forma similar que a los de derecho público.²⁴

Además, en muchos casos, en el ámbito local, fue la antigua Corte Suprema la que puso remedio a la pretendida creación de fundaciones por entes públicos, como personas jurídicas de derecho privado fuera del ámbito del derecho administrativo, cuando en realidad eran institutos autónomos por la forma de creación por ley y la transferencia a las mismas

²³ Artículos 95 y ss., *Gaceta Oficial*, núm. 37.305, del 17 de octubre de 2001.

²⁴ En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Carona vs. CVG Edelca, señaló: “Es conocido que cuando el Estado crea administraciones descentralizadas con formas jurídicas privadas, como son las sociedades civiles o mercantiles propiedad del Estado o Empresas del Estado, es con el evidente propósito de someterlas a un régimen jurídico más flexible que el aplicable a las administraciones con formas jurídicas de derecho público. Esto trae como obligada consecuencia que sus actuaciones deben ser consideradas como actos de naturaleza privada, sujeto por tanto al derecho común. Sólo sería aplicable al derecho público cuando una determinada normativa integradora de esa rama jurídica, incluya dentro de su ámbito de aplicación a las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho privado, las cuales, a los efectos específicos de esa normativa, quedarán en la misma situación que las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho público” (consultada en original).

de ciertas potestades propias del ejercicio del poder público. La antigua Corte Suprema, en este sentido, señaló que no basta con asignarle a un ente una “forma jurídica” de derecho privado para que lo sea, por lo que el velo de las mismas debe levantarse cuando la regulación concreta de la entidad y los poderes que se le transfieren evidencien un ente público institucional.²⁵

Por último, en la organización administrativa, dada la rigidez que existía en la legislación, hasta mitades de la década de los setenta, para romper el principio de la unidad del Tesoro que sólo se admitía con la creación de institutos autónomos, en el Plan de Reforma Administrativa de 1972²⁶ —cuyos lineamientos generales guiaron todas las transformaciones ocurridas en los lustros posteriores— se propuso la creación de la figura de los patrimonios o servicios autónomos sin personalidad jurídica, como un mecanismo para evitar acudir a la forma de la fundación o asociación civil para la gestión más flexible de una actividad pública que permitiera la percepción de ingresos para afectarlos a sus propios gastos, lo cual luego fue establecido a partir de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1974.²⁷ En esta forma, se frenó el proceso de huida del derecho administrativo en la organización destinada a atender muchas actividades públicas, dotándose la gestión de las mismas de la autonomía necesaria, pero sin dejar de estar integradas a la propia administración central del Estado. La proliferación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica en los últimos lustros —lo que incluso fue motivo para su reglamentación general—,²⁸ sin duda, ha sido un definitivo freno a la posible huida de sectores de la administración pública al derecho administrativo, habiéndose previsto, en la regulación de estos servicios, regímenes especiales de la función pública con mayor autonomía de manejo que los propios institutos autónomos, sobre todo en materia de contratación de personal. Así ha sucedido particularmente con el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat), origi-

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consulta en original).

²⁶ *Informe sobre la Reforma de administración Pública Nacional*, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, vol. I, pp. 362 y ss.

²⁷ Artículo 16.5 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario.

²⁸ Reglamento de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, Decreto 1.924, del 31 de octubre de 1991, *Gaceta Oficial*, núm. 34.836, del 7 de noviembre de 1991.

nalmente establecido mediante decreto²⁹ y regulado por ley especial a partir de 2001.³⁰

Una última reflexión sobre el tema de la organización administrativa, en particular, de la administración descentralizada con forma de sociedad anónima. Dijimos que la proliferación de empresas públicas en nuestro país, más que por motivaciones ideológicas que conformaron una política de intervención activa del Estado en la economía, se produjo por la particular circunstancia de la estructura de la economía venezolana, dependiente de la industria petrolera. Venezuela es un país petrolero, y como, conforme a las regulaciones de las Ordenanzas de Minería de Nueva España que el Libertador puso en vigencia desde 1821, el Estado es el dueño del subsuelo —y así lo ha seguido siendo en toda la historia republicana de Venezuela—;³¹ tenemos un Estado petrolero que ha sido inmensamente rico y poderoso; en general el principal inversionista, financiero, empleador e industrial. Por ello, el sector público en Venezuela ha llegado a tener un porcentaje mucho mayor en la economía que el que tuvieron algunos de los antiguos países socialistas, lo cual se acrecentó con la nacionalización, en 1975, de las industrias de gas natural, de la extracción de mineral de hierro y de los hidrocarburos.³² Ese Estado y esa economía pública, por la deuda pública incontrolada y el deterioro financiero derivado de las fluctuaciones históricas del ingreso petrolero, han entrado en la misma crisis que afectó a los países del mundo occidental a partir, justamente, del aumento del precio del petróleo en la década de los setenta. Con una motivación contraria, la misma política de privatiza-

²⁹ Por ejemplo el artículo 226 del Código Orgánico Tributario en *Gaceta Oficial*, núm. 4.727, extra, del 27 de mayo de 1994; el Decreto 310, del 10 de agosto de 1994, de creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, *Gaceta Oficial*, núm. 35.525, del 16 de agosto de 1994, y el Decreto 364, del 28 de septiembre de 1994, que estableció el Estatuto del Sistema Profesional de Recursos Humanos del Seniat, *Gaceta Oficial*, núm. 35.558, del 28 de septiembre de 1994.

³⁰ Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, *Gaceta Oficial*, núm. 37.320, del 8 de noviembre de 2001.

³¹ Así lo ratifica el artículo 12 C. de 1999, que declara a los yacimientos mineros y de hidrocarburos como bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles.

³² Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural, *Gaceta Oficial*, núm. 29.594, del 26 de agosto de 1991; Decreto-Ley 580, del 26 de noviembre de 1974, que reserva al Estado la industria de explotación del hierro, *Gaceta Oficial*, núm. 30.577, del 16 de diciembre de 1974, y Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, *Gaceta Oficial*, núm. 1.769, extra, del 29 de agosto de 1975.

ción que ha sido característica de los países europeos, en las últimas décadas resultó indispensable en Venezuela, y en ello se empeñó el sector público, aun cuando, lamentablemente, con una conducción errática de parte de quienes han controlado el poder.

La privatización, en todo caso, fue una decisión política adoptada conforme a la Constitución, de ejercicio por parte del Estado de sus derechos de propietario de disponer de sus bienes, para lo cual se dictó la Ley de Privatización, que, de nuevo, al definir su ámbito de aplicación incluye expresamente a todo el sector público en el cual se enumeran, además de la administración central, los institutos autónomos, las empresas del Estado en dos niveles y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado.³³ No hubo en el proceso de privatización, en realidad, ninguna huida de la administración del derecho administrativo, sino una devolución al sector privado de actividades que le serían propias mediante una reducción del sector público.³⁴ Ello, incluso, originó marcos regulatorios que por la realización directa de las actividades por parte del Estado no se habían dictado para ordenarlas, tal como ha sucedido en materia de telecomunicaciones y de servicios eléctricos.³⁵ Por tanto, lejos de debilitar al Estado, la privatización podría fortalecer su función ordenadora descuidada hasta ahora.

Sin embargo, debe advertirse que el proceso de privatización sólo está legalmente destinado a transferir al sector privado actividades económicas productivas e industriales, que el Estado fue asumiendo, por lo que debe denunciarse la privatización fáctica de actividades esenciales del Estado —ajenas al sector privado—, que comenzó a aparecer como producto de una especie de fiebre privatizadora. Así, por ejemplo, no es po-

³³ Artículo 2o. de la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial*, núm. 4.929, extra, del 30 de junio de 1995.

³⁴ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha considerado ha dicha ley como ajustada la Constitución. *Cfr.* sentencia 117, del 6 de febrero de 2001, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 85-88, 2001, pp. 212 y ss. *Cfr.* los comentarios a dichas sentencias en Hernández, José Ignacio, “Constitución económica y privatización (comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del 6 de febrero de 2001)”, *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, núm. 5, 2001, pp. 327-342.

³⁵ La Comisión Nacional de Telecomunicaciones fue creada por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, *Gaceta Oficial*, núm. 36.970, del 12 de junio de 2000; y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica fue creada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley 78, *Gaceta Oficial*, núm. 5.568, extra, del 31 de diciembre de 2001.

sible legalmente que la administración pública contrate a auditores particulares para la revisión fiscal de los contribuyentes, y que ello sirva de base para la formulación de reparos, como había sucedido con frecuencia a nivel municipal;³⁶ y tampoco es posible que se generalice la representación judicial y extrajudicial de la República, que corresponde a la Procuraduría General de la República, a través de abogados que no son funcionarios públicos.³⁷ Estos procesos a lo que han tendido es a convertir a la administración tributaria o a la Procuraduría General de la República en agencias de empleo de particulares para el cumplimiento de funciones públicas. Allí sí ha habido una huida de la administración pública del derecho administrativo que debe atajarse a tiempo, ya que el solo derecho privado es esencialmente inservible al Estado para el ejercicio del poder público, pues entre otros aspectos conduce a la realización de actividades administrativas al margen de las garantías jurídicas que el derecho administrativo otorga a los particulares, en especial para el ejercicio de su derecho a la defensa.

III. LA LABORALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Uno de los elementos medulares del derecho administrativo ha sido el régimen de los funcionarios públicos. En el origen de nuestra disciplina, el personal al servicio del Estado estaba regido por sus propias normas, y al mismo no le era aplicable el derecho que rige las relaciones de trabajo en el ámbito privado, es decir, el derecho laboral o derecho del trabajo.

La función pública, por tanto, tenía su propio estatuto de personal condicionado por las tareas públicas que tienen asignadas los funcionarios públicos y que tienen el deber de cumplir. En esta forma, la relación estatutaria y no contractual, y el acto de nombramiento de los funcionarios era un típico acto administrativo, condición que al producirse los subsumía en un régimen de personal establecido unilateralmente por el

³⁶ Por ello, en la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2005 se ha dispuesto expresamente en su artículo 175, que las facultades de los municipios para la fiscalización y recaudación de sus tributos propios “no podrán ser delegadas a particulares”, *Gaceta Oficial*, núm. 38.204, del 8 de junio de 2005.

³⁷ *Cfr.* decreto 319, que estableció el Servicio Autónomo de Personería a la Procuraduría General de la República, *Gaceta Oficial*, núm. 35.534 del 29 de agosto de 1994.

Estado. De la función pública, por tanto, estaban proscritos los contratos colectivos, el derecho a la huelga, el derecho a la sindicalización y el régimen de beneficios o prestaciones sociales establecidos en la Ley del Trabajo. Ésta sólo se aplicaba a los obreros al servicio del Estado, es decir, a los trabajadores en los cuales predominaba el trabajo manual.³⁸

Bajo este esquema fue que se sancionó en Venezuela la Ley de Carrera Administrativa de 1970,³⁹ la cual constituyó en su momento una revolución, pues se trataba de la primera vez que se regulaba legalmente el régimen de los funcionarios públicos.⁴⁰

Han pasado más de tres décadas desde que se produjo la sanción de aquel instrumento legal, y debemos aquí recordar que el argumento que en el Congreso se esgrimió para eliminar del proyecto que habíamos elaborado dos normas que prohibían expresamente la contratación colectiva y la huelga en la función pública era que ello era evidente y que, por tanto, su prohibición expresa no era necesaria.⁴¹

Por supuesto, en tres décadas todo cambió. La admisión de la sindicalización de la función pública que se había previsto en la ley condujo progresivamente, y de hecho, a la admisión de la contratación colectiva mediante las denominadas “actas convenios”, que fueron regulando progresiva e ilegalmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en diversas áreas cruciales de servicios públicos, como los de carácter social. Luego, tanto la reforma de la Ley de Carrera Administrativa de 1975,⁴² aplicando a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo, como la sindicalización desarrollada y la contratación colectiva condujeron, también, de hecho, al uso del recurso a la huelga como mecanismo conflictivo de uso progresivo.

Así, la función pública se fue laboralizando inexorablemente, pero encontrando dicho proceso, siempre, un límite, que es el artículo 144 C,

³⁸ Artículo 6o. de la derogada Ley del Trabajo de 1975, *Gaceta Oficial*, núm. 1.736, extra, del 5 de mayo de 1975.

³⁹ *Cfr.* la derogada Ley de Carrera Administrativa, *Gaceta Oficial*, núm. 1.745, extra, del 23 de mayo de 1975.

⁴⁰ Brewer-Carías, Allan R., *El Estatuto de los funcionarios públicos y la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1970.

⁴¹ “Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos”, Caracas Comisión de Administración Pública, 1970.

⁴² *Gaceta Oficial*, núm. 1.745, extra, del 23 de mayo de 1975.

que establece con rango constitucional lo que se configura como el núcleo del estatuto del funcionario público, de establecimiento unilateral por el Estado; es decir, que no puede ser objeto de contratos colectivos, y que se refiere a las normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la administración pública. Este régimen, por tanto, en relación con los funcionarios públicos de la administración pública nacional, puede ser regulado en forma especial con relación a determinados órganos o institutos autónomos, pero no puede ser constitucionalmente eliminado dando paso a la aplicación global a la Ley Orgánica del Trabajo en la función pública.

En efecto, precisamente sobre los aspectos del estatuto de los funcionarios públicos que enumera el artículo 144 C, es que regula, en general, la Ley del Estatuto de la Función Pública,⁴³ y precisamente por ello en el artículo 80. de la Ley Orgánica del Trabajo, luego de todas las discusiones inimaginables sobre este tema crucial de la laboralización de la función pública, se llegó a establecer la diferenciación respecto a los aspectos estatutarios de la función pública, que por tanto no entran dentro del marco regulativo de la Ley Orgánica del Trabajo, así:

Artículo 80. Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales se regirán por las normas sobre carrera administrativa nacionales, estatales o municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

La situación actual del régimen de los funcionarios públicos, en Venezuela, en todo caso, responde a los principios generales que se observan en todo el mundo, y en cuya conformación, sin duda, han jugado un papel importante los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que han ido evolucionando y uniformizando normas en los diversos países.⁴⁴ La laboralización del régimen de la función pública, en todo caso, no puede verse como una huida del derecho administrativo, sino co-

⁴³ *Gaceta Oficial*, núm. 37.522, del 6 de septiembre de 2002.

⁴⁴ Caballero Ortiz, Jesús, *Incidencias del artículo 80. de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991; Rondón de Sansó, Hildegardo, *El funcionario público y al Ley Orgánica del Trabajo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

mo la interaplicación normal del derecho público y del derecho privado al funcionamiento de la administración pública. En este campo, como hemos señalado, el núcleo del régimen de derecho administrativo de la función pública, previsto en la Constitución, permanece intacta por lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la administración pública del Poder Ejecutivo, ya que la Ley del Estatuto excluye de la aplicación de esta ley a los funcionarios públicos al servicio del Poder Legislativo nacional; del servicio exterior; del Poder Judicial; del poder ciudadano; del poder electoral; de la Procuraduría General de la República (a pesar de ser parte del Poder Ejecutivo); del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat), y a los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales. Además, también quedan excluidos de la aplicación de esta ley los obreros y obreras al servicio de la administración pública (artículo 1o.). Esta amplia exclusión es una puerta abierta a la laboralización del régimen de la función pública.

Por otra parte, en relación con el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga, se ha laboralizado completamente, tal como lo dispuso la Constitución de 1999 (artículos 95 a 97) al equiparar en esos derechos a los trabajadores de los sectores públicos o privados. En estas materias, además, la Ley Orgánica del Trabajo dispuso expresamente que “los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública” (artículo 8o.); agregando respecto del derecho de huelga que “podrá ejercerse en los servicios públicos sometido a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones” (artículo 496).

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública reitera la laboralización en estas materias, al precisar en su artículo 32 que los funcionarios públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la administración pública. Sin embargo, agrega la norma que

todos los conflictos a los cuales diere lugar la disposición anterior serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcionarial.

En este sentido, un aspecto esencial de la unicidad del régimen de los funcionarios públicos y que forma parte de su estatuto, como expresamente lo regula la Ley del Estatuto de la Función Pública, es precisamente el régimen de control jurisdiccional de la función pública, más que de la carrera administrativa, que como competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa se ha regulado en la ley (artículos 93 y ss.). Estos órganos jurisdiccionales son competentes en materia de función pública, de manera que por más proceso de laboralización que se haya efectuado, los conflictos de la función pública escapan al conocimiento de los tribunales del trabajo y van a la jurisdicción contencioso administrativa. Estos tribunales de la jurisdicción tienen competencia para resolver las reclamaciones que formulen los funcionarios públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la administración pública, así como las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos.

Deben destacarse, por otra parte, los frenos que fueron estableciendo el antiguo Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a los intentos de huida del régimen de la función pública establecido en la derogada Ley de Carrera Administrativa, por una parte, por la interpretación amplia de la misma, al aplicarla a todos los funcionarios públicos, fueran o no de carrera, y por la otra, por la interpretación precisa del concepto de funcionario público, que hace énfasis en la naturaleza intelectual del servicio prestado en contraposición a la del obrero al servicio de la administración pública, siendo las circunstancias de nombramiento, permanencia en el cargo y la existencia de la partida presupuestaria correspondiente, elementos que sólo sirven de mera presunción, pero que pueden ser desvirtuados por la realidad o naturaleza efectiva de los servicios prestados, y que pueden conducir a considerar la relación laboral como la de obrero y no la de empleado o funcionario público.⁴⁵

⁴⁵ Corte Primera de Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de noviembre de 1994, Caso Instituto Universitario de Policía Científica (consultada en original).

Por otra parte, la ausencia de nombramiento tampoco puede considerarse como elemento para que no exista la relación de empleo público y se pretenda aplicar a la relación laboral el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo. Sobre esto, la jurisprudencia contencioso administrativa fue reiterada en considerar que la sola existencia de un contrato de trabajo no bastaba para excluir a un sujeto de la aplicación de la derogada Ley de Carrera Administrativa y para, por tanto, huir del derecho administrativo. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, independientemente de si un sujeto ingresó a trabajar en la administración pública con un contrato de trabajo que se pretenda como de derecho privado, señaló que en cada caso

Debe precisarse si se cumplen los requisitos necesarios para considerar como relación de empleo público a ciertas relaciones contractuales en su origen. Estos requisitos pueden resumirse en los siguientes: 1. Que las funciones asignadas corresponden a un funcionario de carrera; 2. Que se trate de funciones de carácter permanente, y 3. Que el régimen laboral (salario, horario, beneficios y otros) corresponda al establecido para los funcionarios que han ingresado a través de la vía normal del nombramiento.⁴⁶

Así, en un intento por regularizar la relación entre el régimen de la función pública y el personal contratado en la administración pública, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispuso que sólo puede procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, prohibiendo la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley (artículo 37). En ningún caso el contrato puede constituirse en una vía de ingreso a la administración pública (artículo 39); y en estos casos de personal contratado, el régimen aplicable es el previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (artículo 38).

Pero en todo caso, las derogaciones al régimen de derecho administrativo de la función pública, en general, han sido producto de vías de hecho que en materia laboral han sido los canales normales para el logro de

⁴⁶ Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1o. de julio de 1993, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 55 y 56, 1993, p. 556; y del 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez vs. INOS (consultada en original).

tantos avances y reivindicaciones, lo que ha caracterizado la historia del derecho del trabajo. Ello se ha reproducido en los servicios públicos, y las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación prestados por las administraciones públicas son parte de esa evolución.

Ahora bien, donde sí puede decirse que se efectuó una huida respecto del derecho administrativo con relación al régimen del personal es, sin duda, en el campo de la administración pública descentralizada que ya hemos referido en general. Esto fue evidente al excluirse a determinados institutos autónomos del régimen funcionarial, regulándose en la ley respectiva la aplicación general al personal de la Ley del Trabajo.⁴⁷

Esta huida puede considerarse como inconstitucional, pues al establecer el artículo 122 C, de 1961, equivalente al artículo 144 C, de 1999, que la ley debe regular un estatuto de la función pública, es lógico que su contenido deba diferir del régimen laboral ordinario, pues de lo contrario el constituyente habría aplicado a los funcionarios públicos la Ley del Trabajo. Por ello, cuando, en virtud de ley, no es que se establece un régimen estatutario especial para los funcionarios de un instituto autónomo, es decir, no es que se excluye a los funcionarios del mismo de la aplicación de la Ley del Estatuto para someterlos a otro régimen funcionarial, sino que se los excluye de la categoría de funcionarios públicos reenviándolos expresamente a la Ley Orgánica del Trabajo, como sucedió con el personal del Instituto Postal telegráfico IPOSTEL; con razón se puede considerar ello como inconstitucional.⁴⁸

⁴⁷ Es el caso, por ejemplo, del Instituto Postal Telegráfico conforme al artículo 37 de su ley de creación, *Gaceta Oficial*, núm. 2.146, extra, del 28 de enero de 1978. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha rechazado el conocimiento de recursos contencioso administrativos contra actos administrativos dictados en relación con la materia laboral. *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 31 de mayo de 1993, y 13 de agosto de 1993, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 53 y 54, 1993, pp. 419 y 549, y 287 y ss.

⁴⁸ En este sentido, en el voto salvado de los magistrados Gustavo Urdaneta Troconis y Alexis Pinto d'Ascoli a las sentencias antes citadas (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993 y 13 de agosto de 1993), expusieron que el artículo 37 de la Ley del IPOSTEL colide con el artículo 122 C, que ordenó crear la carrera administrativa mediante el establecimiento de un estatuto para los funcionarios públicos cuyo contenido es distinto al régimen de la Ley del Trabajo, cuya aplicación general no fue la voluntad del constituyente, pues lo hubiera hecho expresamente, señalando: "A juicio de los magistrados disidente esto fue justamente lo que se quiso evitar mediante la norma del 122 constitucional que —sin duda— se desconoce en el fallo anterior el cual

De todas formas, con el recurso a la figura jurídica de la descentralización funcional mediante personas de derecho privado, la condición de funcionarios públicos no se da respecto de los empleados de las empresas, asociaciones y fundaciones del Estado, los cuales en sus relaciones de trabajo se rigen íntegramente por las normas de la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, normas limitativas, como la del artículo 145 C, que establece la incompatibilidad para contratar con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, abarcan ahora también a las personas que estén incluso al servicio de entidades descentralizadas con forma de derecho privado. Este campo de rescate del derecho administrativo ya se había establecido, por ejemplo, en el artículo 8o., párrafo único, de la derogada Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, que si bien había establecido expresamente que los empleados de las entidades de la industria petrolera nacionalizada no tenían el carácter de funcionarios públicos, sin embargo a ellos se aplicaban las restricciones constitucionales establecidas en los artículos 123 a 125 C, de 1961, respecto de los funcionarios públicos.

Por otra parte, otro aspecto de rescate del régimen de derecho administrativo respecto de los empleados de las empresas, asociaciones civiles y fundaciones del Estado es la previsión de la Ley contra la Corrupción, que establece que a los efectos de su articulado, y sin perjuicio de lo que disponga la Ley del Estatuto de la Función Pública, se consideran funcionarios o empleados públicos:

Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas

deja de lado la naturaleza de la relación existente entre la Administración y sus funcionarios: de base estatutaria, de empleo público, distinta —se insiste— de la que rige las relaciones convencionales existente entre los trabajadores y sus patronos que están reguladas esencialmente por la legislación laboral. Por tales razones, consideran los magistrados disidentes que lo procedente hubiera sido que —en aplicación del control difuso de la constitucionalidad reconocido a los jueces de cualquier nivel en el artículo 20 del Código de Procedimientos Civil— esta Corte desapplicara en el caso de autos el citado artículo 37 de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico, dada su evidente colisión con los artículos 122 y 206 de la Constitución”, *idem*.

personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio (artículo 3o.).⁴⁹

Debe mencionarse, por último, el proceso de especialización del régimen de la función pública que se ha venido operando en los últimos años, tendiente a excluir del régimen general de funcionarios públicos al personal al servicio de determinados organismos de la administración central, lo cual, si bien no es una huida, sin duda constituye un peligro de que esto último pueda ocurrir, de hecho.

En algunos casos la especialización del régimen se ha establecido mediante ley, como ha sucedido respecto de los funcionarios del Banco Central de Venezuela, y de la Superintendencia de Bancos y otras entidades financieras y de la Superintendencia de Seguros. En estos últimos casos, incluso, se ha atribuido al propio directorio del Banco Central y al Superintendente de Bancos y otras Instituciones Financieras, respectivamente, la facultad de dictar el estatuto funcional de las instituciones.⁵⁰ En contraste con normas de leyes anteriores, que disponían que los funcionarios o empleados del Banco Central “no tendrán derecho a contratación colectiva ni a huelga”, el artículo 29 de la Ley de 2001 dispone, conforme a la orientación de la Constitución, que “el personal del Banco Central de Venezuela goza de los derechos a huelga, a sindicalización y a contratación colectiva”, regulando, sin embargo, mecanismos para evitar la interrupción de actividades “no susceptibles de suspensión”.

IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El derecho administrativo, con la superación de su definición mediante un único criterio “mágico”, que no existe, ha afianzado campos de regulación que escapaban de la misma con la sola definición orgánica o funcional de nuestra disciplina.

En efecto, el tradicional y superado criterio orgánico para la definición del derecho administrativo que lo concebía como el aplicable a los órga-

⁴⁹ *Gaceta Oficial*, núm. 5.637, extra, del 7 de abril de 2003.

⁵⁰ Artículos 28 y 273 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto-ley 1526, *Gaceta Oficial*, núm. 5.555, extra, del 13 de noviembre de 2001.

nos del Poder Ejecutivo que constituían la administración pública, expulsaba de la regulación del derecho administrativo a la actuación en función administrativa o normativa sublegal de los órganos que ejercían el Poder Legislativo y el Poder Judicial, es decir, la Asamblea Nacional y sus comisiones y los tribunales de la República. Por supuesto, este criterio, que en otras latitudes podía haber tenido fundamento en otras épocas,⁵¹ de acuerdo con la Constitución de 1961, así como con la Constitución de 1999, no podía tener aplicación en Venezuela.⁵² Por ello, la jurisprudencia contencioso administrativa, en el proceso de universalización del control sobre los actos administrativos, había considerado siempre como tales los dictados por los antiguos órganos constitucionales dotados de autonomía funcional y que no estaban integrados a los órganos tradicionales del Estado, como eran la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Consejo Supremo Electoral y el Consejo de la Judicatura, los cuales siempre se habían considerado como parte de la administración pública, pero con autonomía funcional (para diferenciarla de la administración central y descentralizada),⁵³ regidas por el derecho administrativo. Ahora, por supuesto, de acuerdo con la Constitución de 1999, dichos órganos forman parte de la división del poder público, conformando órganos de la administración pública, pero integrados al poder ciudadano (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo), al poder electoral (Consejo Nacional Electoral) o al Poder Judicial (Dirección Ejecutiva de la Judicatura).

Pero el afianzamiento del derecho administrativo más importante se ha producido con su penetración respecto de la regulación de la actuación administrativa de los órganos del Estado que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En esta forma ha quedado fuera de duda el carácter de acto administrativo de las decisiones de los órganos de la

⁵¹ Cfr. los trabajos críticos sobre el criterio orgánico que se publican en el libro *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla*, Madrid, t. I, 1992.

⁵² Brewer-Carías, Allan R., "El problema de la definición del acto administrativo", *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, t. I, pp. 25 y ss.

⁵³ *Idem. Principios del régimen jurídico de la organización administrativa en Venezuela*, cit., p. 95.

Asamblea Nacional, de rango sublegal, dictadas en función administrativa,⁵⁴ por ejemplo, en materia de personal o que puedan afectar a los particulares (policía administrativa de las comisiones, por ejemplo); así como de decisiones del propio Tribunal Supremo de Justicia como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial (artículos 267 y ss.) en relación con el estatuto de los magistrados o adoptadas en función normativa (reglamentos de personal, por ejemplo), o de los tribunales en general, dictadas en función normativa (reglamentos internos) o en función administrativa, en relación con el personal tribunalicio o en materia de policía de los tribunales (medidas disciplinarias respecto de abogados, por ejemplo).⁵⁵ Igualmente, no hay duda alguna del carácter de actos administrativos de los dictados por los órganos del poder ciudadano y del poder electoral.

Precisamente por este afianzamiento del derecho administrativo y de su aplicación en áreas de actividad pública que escapan de la actuación de los órganos de la administración pública que ejercen el Poder Ejecutivo es que el criterio orgánico para la definición de nuestra disciplina es totalmente inservible como criterio único.

Lo mismo debe decirse de la utilización del solo criterio funcional relativo al ejercicio de la función administrativa como criterio único para la definición del derecho administrativo, que dejaba fuera del ámbito de su regulación las actuaciones de las administraciones públicas realizadas en ejercicio de la función normativa o de la función jurisdiccional. Los reglamentos, en Venezuela, siempre han sido considerados como actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa del Estado y, por tanto, sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como actos administrativos de efectos generales. Por ello, a pesar de las dudas que en otros ordenamientos han existido

⁵⁴ Cfr. por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 14 de septiembre de 1993, caso Carlos Andrés Pérez, en Brewer-Carías, Allan R., y Ortiz Álvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 27 y 28. Cfr. además, sentencia del 19 de diciembre de 1974, caso A. Toro, *ibidem*, p. 468.

⁵⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de julio de 1984, caso Ali Quiñones, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 19, 1984, pp. 122 a 124; y Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 30 de junio de 1986, caso M. J. Alvarado, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1991-1996*, cit., nota anterior, p. 433.

históricamente respecto de la consideración de los reglamentos como actos administrativos, en nuestro país ninguna duda ha existido ni surgido al respecto.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos de la administración pública, lo cual condujo en algunas ocasiones a la antigua Corte Suprema de Justicia, en unas decisiones de expulsión del derecho administrativo para regir la actividad disciplinaria de la administración, a considerar que la actividad realizada no era actividad administrativa, sino “jurisdiccional”, no sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Así sucedió, inicialmente, al juzgarse, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la actuación de las comisiones tripartitas en materia de aplicación de la derogada Ley contra Despidos Injustificados⁵⁶ —órganos administrativos integrados al Ministerio del Trabajo—, que indudablemente se ejercía en función jurisdiccional. Ello, sin embargo, luego se corrigió por la antigua Corte Suprema de Justicia, al considerar que los actos dictados por aquellas comisiones eran actos administrativos “de sustancia jurisdiccional”⁵⁷ regulados por el derecho administrativo. También sucedió inicialmente, al juzgarse por la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa la actuación en materia disciplinaria del antiguo Consejo de la Judicatura —órgano constitucional con autonomía funcional que conforme a la Constitución de 1961 tenía a su cargo el gobierno y administración del Poder Judicial—, que indudablemente era ejercida en función jurisdiccional y que —en otra expulsión de áreas de actividad del derecho administrativo— no se consideró como actividad administrativa.⁵⁸ Ello también fue corregido posteriormente, y a medias, en virtud de una reforma legal,⁵⁹ por lo que la antigua Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, rescató para el derecho administra-

⁵⁶ Cfr. los comentarios de dicha sentencia en Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo”, *cit.*, nota 52, pp. 31 y ss.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. I, 1980, pp. 128-136.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 26 de marzo de 1985, caso Ruiz Becerra, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 22, 1985, pp. 118-143.

⁵⁹ Mediante la derogada Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial*, núm. 36.534, del 8 de septiembre de 1988.

tivo lo que se había expulsado al declarar la inconstitucionalidad de la norma de la derogada Ley del Consejo de la Judicatura, que excluía de control contencioso administrativo algún acto en materia disciplinaria respecto de los jueces que, sin duda, era un acto administrativo dictado en función jurisdiccional y sujeto al derecho administrativo.⁶⁰

V. LA PENETRACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Un aspecto que debe destacarse en este campo del ejercicio de las funciones del Estado, y particularmente de la función administrativa por parte de los órganos del Ejecutivo nacional, en cuyo ejercicio ha venido interviniendo e interfiriendo, en muchos casos, con dudosa constitucionalidad, el Poder Legislativo. Son múltiples las intervenciones e interferencias que en este campo, y de variada naturaleza, se establecieron en el pasado, en las cuales se produjo una huida de la función administrativa hacia las antiguas cámaras legislativas y sus comisiones. En algunos casos se trató de la participación del órgano Legislativo (antiguo Congreso) en el nombramiento de funcionarios públicos en casos no autorizados por la Constitución de 1961, como en cambio sí sucedía —y continúa sucediendo en la Constitución de 1999— con la autorización de la Asamblea Nacional para el nombramiento del procurador general de la República y los jefes de misiones diplomáticas permanentes (artículo 187.14). Así, por ejemplo, en la derogada Ley de Carrera Administrativa, un miembro del directorio de la Oficina Central de Personal lo designaba el Congreso (artículo 8o.); en la derogada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el nombramiento del Superintendente de Bancos y del presidente del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria debía ser autorizado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (artículos 146 y 209); y en la progresivamente derogada Ley de Política Habitacional de 1993 se creó una Junta de Vigilancia integrada por miembros, de los cuales dos eran diputados designados por el antiguo Congreso (artículo 67).⁶¹

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 6 de agosto de 1991, caso Iván Hernández G., *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 47, 1991, pp. 107 y 108.

⁶¹ Ley de Política Habitacional, Decreto-ley 3.270, del 30 de noviembre de 1993, *Gaceta Oficial*, núm. 4.659, extra, del 15 de diciembre de 1993.

En este contexto, en la Constitución de 1999 se han regulado dos únicos supuestos en los cuales se establece la participación de la Asamblea Nacional en la designación de un funcionario que integra la organización general de la administración pública. Es el caso, por una parte, de los integrantes del directorio del Banco Central de Venezuela, los cuales representan exclusivamente el interés de la nación, estableciéndose en la disposición transitoria cuarta de la Constitución que la ley debe establecer que corresponde al Poder Ejecutivo la designación del presidente del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus directores o directoras; y debe establecer “los términos de participación del poder legislativo nacional en la designación y ratificación de estas autoridades”. En tal sentido, la Ley del Banco Central de Venezuela de 2001⁶² estableció que el presidente del Banco debe ser designado por el presidente de la República, nombramiento que debe ser ratificado por el voto de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional (artículo 9o.), y en cuanto al resto de los seis directores adicionales que conforman el directorio del Banco, se dispuso que uno debe ser un ministro del área económica; tres deben ser designados por el presidente de la República, y dos por la Asamblea Nacional (artículo 15).

Por otra parte, también es el caso del superintendente de Protección y Promoción a la Libre Competencia, en cuyo caso la disposición transitoria decimooctava de la Constitución establece que a los fines de asegurar la vigencia de los principios relativos a la proscripción de los monopolios que tienden a evitar los abusos de la posición de dominio en el mercado establecidos en el artículo 113 C, exhortó a la Asamblea Nacional a dictar “una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen”; agregando expresamente que “la persona que presida o dirija este organismo será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto”.

En otros casos, el régimen de intervención de la Asamblea Nacional para la ejecución de políticas públicas, como la política de privatización, hace de aquélla, materialmente, una cogestora o coadministradora del

⁶² *Gaceta Oficial*, núm. 5.606, extra, del 18 de octubre de 2002.

proceso, al preverse en la Ley de Privatización todo tipo de autorizaciones previas y posteriores en la venta de empresas del Estado,⁶³ a pesar de que en la Constitución la intervención del Poder Legislativo se reduce, en esta materia, a la autorización por la Asamblea al Ejecutivo nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la República (artículo 187.12).

En otros casos, como el previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en general los reglamentos de dicha ley, y en particular los decretos presidenciales de aumento de salarios, que son actos típicamente administrativos dictados en ejercicio de la función normativa, deben ser sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional, correspondiéndole decidir la ratificación o suspensión de los decretos “dentro de los 10 días siguientes a la fecha de recepción” (artículo 22). Esta previsión legislativa, la cual puede causar múltiples problemas en la política salarial del Estado, fue impugnada por inconstitucional⁶⁴ ante el Tribunal Supremo, cuya Sala Constitucional, en sentencia 1447, del 3 de junio de 2003 (caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo), sin embargo, la consideró acorde con la Constitución, al estimar que ésta en ningún caso atribuye la función normativa en forma exclusiva al presidente de la República, y que es más bien el legislador el que al tener potestad normativa exclusiva en materia de regulación y limitación de los derechos constitucionales (como los laborales) puede asignar la potestad reglamentaria al Ejecutivo nacional, estableciendo el control parlamentario sobre los reglamentos. En definitiva, en la sentencia, la Sala Constitucional resolvió:

En vista de que el Ejecutivo nacional no dispone de un poder constitucional originario para intervenir en tales materias, pues son de reserva legal, el legislador pudo prever que tales poderes correspondiesen directamente al órgano parlamentario. Sin embargo no lo hizo, tal vez considerando que la correcta ejecución de esa competencia exige la flexibilidad que caracteriza la actuación de la Administración. Ello no significa, en todo caso, que el Ejecutivo nacional asumiese una potestad que le fuese exclusiva. Al

⁶³ Artículo 10o., “Ley de Privatización”, *Gaceta Oficial*, núm. 5.199, extra, del 30 de diciembre de 1997.

⁶⁴ Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial*, núm. 5.152, extra, del 19 de junio 1997. Cfr. Ayala Carao, Carlos, “Inconstitucionalidad de la fijación del salario mínimo nacional obligatorio en base al artículo 26 de la Ley del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 74, 1990.

contrario, así como el legislador asignó al Ejecutivo nacional la potestad para dictar Decretos en los aspectos mencionados, también pudo válidamente establecer que los Decretos dictados fueren sometidos a cierta forma de control, tal como en efecto se hizo en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En criterio de esta Sala, no es necesario que ese control esté establecido expresamente en la Constitución —tal como lo afirmaron los recurrentes—, por cuanto su exigencia no vulnera el ejercicio de ningún poder constitucional propio del Ejecutivo nacional. Al contrario, se ha indicado insistentemente que el Ejecutivo carece de poderes originarios en la materia, disponiendo sólo de aquellos que le atribuye la ley.⁶⁵

VI. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA ACTUACIONES DE PERSONAS JURÍDICAS NO ESTATALES

El derecho administrativo, como se ha dicho, es esencialmente el derecho de la administración pública, es decir, fundamentalmente el derecho que regula las entidades *estatales* de derecho público o de derecho privado (segunda parte, § 5 y ss.). Sin embargo, si bien ése es el campo natural o común del derecho administrativo, éste, al regular también el ejercicio de la función administrativa del Estado, ha penetrado en el ámbito de la actuación de personas jurídicas *no estatales*, es decir, que no forman parte de la organización general del Estado ni del sector público, pero que en virtud de ley realizan actuaciones que ejercen la función administrativa y que, en definitiva, constituyen ejercicio del poder público.

Esta penetración o proyección del derecho administrativo hacia la actuación de personas jurídicas no estatales se ha producido, en primer lugar, cuando las mismas han sido dotadas por ley con formas jurídicas de derecho público, lo que se da normalmente en las corporaciones de carácter público, es decir, las personas jurídicas que tienen básicamente un sustrato personal como objeto de protección y que cumplen tareas públicas fuera de la organización del Estado. Es el caso, ante todo, de las comunidades públicas, como las comunidades académicas, es decir, de las academias nacionales, que han sido creadas por ley como corporaciones de carácter público no estatales, con funciones científicas y de asesoría en sus áreas de actuación específica: Medicina, Historia, Lengua, Cien-

⁶⁵ *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 93-96, 2003, pp. 186 y ss., y 379 y ss.

cias Políticas y Sociales, Ciencias Físicas y Matemáticas, Economía.⁶⁶ Las academias no forman parte de la organización general del Estado, no dependen de ningún órgano administrativo ni están sometidas a ningún tipo de control de tutela o administrativo de los órganos estatales; sin perjuicio de que puedan ser objeto de control fiscal de acuerdo con la Contraloría General de la República con motivo de recibir subvenciones de parte del Estado a través del presupuesto del Ministerio de Educación.

Las otras corporaciones públicas no estatales sometidas al derecho administrativo son los colegios profesionales, integrados todos por particulares que ejercen profesiones liberales, y constituidos como personas jurídicas de derecho público no estatales, sea establecidas por ley directamente o en virtud de la ley, a los efectos del control y ordenación del ejercicio de dichas profesiones liberales y en virtud de la colegiación obligatoria que las leyes respectivas han establecido conforme al artículo 105, C.⁶⁷ En dichas leyes, en particular, al igual que para las academias nacionales, se ha concebido a los colegios profesionales como corporaciones de carácter público no sujetas a ningún tipo de control de tutela de parte de entidades públicas; pero a diferencia de las academias nacionales, por las atribuciones que tienen, las leyes han dotado a los colegios

⁶⁶ Cfr. las siguientes leyes de academias: Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, Ley del 19 de junio de 1917, *Gaceta Oficial*, núm. 13.181; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ley del 30 de junio de 1924, *Gaceta Oficial*, núm. 15.361; Academia Nacional de la Historia, Decreto del 28 de octubre de 1888; academia Nacional de Medicina, Ley del 1o. de agosto de 1941, *Gaceta Oficial*, núm. 20.557; Academia Venezolana correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua, Decreto del 10 de abril de 1883; Academia de Ciencias Económicas, Ley del 24 de agosto de 1983, *Gaceta Oficial*, núm. 32.796.

⁶⁷ Cfr. las siguientes leyes de colegios profesionales: Ley de Abogados, *Gaceta Oficial*, núm. 1.081, extra, del 23 de enero de 1967; Ley de Ejercicio de Bioanálisis, *Gaceta Oficial*, núm. 30.160, del 23 de julio de 1973; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, *Gaceta Oficial*, núm. 30.273, del 5 de diciembre de 1973; Ley de Ejercicio de Profesión de Economía, *Gaceta Oficial* núm. 29.687, del 15 de diciembre de 1971; Ley de Ejercicio de la Farmacia, *Gaceta Oficial*, núm. 16.551, del 7 de julio de 1928; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines, *Gaceta Oficial*, núm. 25.822, del 26 de noviembre de 1958; Ley de Ejercicio de la Medicina, *Gaceta Oficial*, núm. 30.766, del 12 de agosto de 1975; Ley de Ejercicio de Odontología, *Gaceta Oficial*, núm. 29.288, del 10 de agosto de 1975; Ley de Ejercicio del Periodismo, *Gaceta Oficial*, núm. 29.887, del 23 de agosto de 197; Ley de Ejercicio de la Psicología, *Gaceta Oficial*, núm. 2.306, del 11 de septiembre de 1978; y Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria, *Gaceta Oficial*, núm. 28.737, del 24 de septiembre de 1968.

profesionales de potestades normativas, reguladoras, disciplinarias y sancionatorias que ejercen respecto de los particulares colegiados, como parte del poder público y de funciones del Estado. En tal virtud, aun no siendo personas estatales, ni parte de las administraciones públicas, el derecho que les es normalmente aplicable es el derecho administrativo, considerándose los actos dictados por dichas corporaciones en ejercicio de las facultades de control profesional como actos administrativos, sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Además, en particular sobre los colegios profesionales, dado el carácter de gremios profesionales, la Constitución ha atribuido al poder electoral la competencia de organizar sus elecciones (artículo 293.6).

Pero la penetración más importante del derecho administrativo hacia el campo de las personas jurídicas no estatales se ha producido respecto de personas de derecho privado constituidas y dirigidas por particulares, que no forman de manera alguna parte de la organización general del Estado, pero a las cuales la ley les ha atribuido la gestión de la prestación de un servicio público o la ordenación de actividades privadas de interés general. En estos casos y con motivo de estas tareas, esas entidades se encuentran sometidas al derecho administrativo, incluso en la regulación del personal al servicio de las mismas. En este sentido, debe destacarse el caso de las universidades privadas, respecto de las cuales la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que “al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funciones administrativas. Y ello con independencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la Universidad y el profesor designado”.⁶⁸

En el mismo sentido la jurisprudencia contencioso administrativa, al constatar “la realización por parte de personas jurídicas de derecho privado de actos que supongan la ejecución de competencias de derecho público”,

⁶⁸ Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 25, 1986, pp. 112-116; del 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León vs. Universidad Católica Andrés Bello, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., nota 54, p. 493, y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 23 de noviembre de 1994, caso Universidad José María Vargas (consultada en original); y Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa del 7 de julio de 1994, *ibidem*, p. 503.

ha considerado como actividad de servicio público al control que ejerce, por ejemplo, una asociación de vecinos en relación con el servicio de abastecimiento de agua de una urbanización, sometida, por tanto, al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.⁶⁹

En definitiva, la jurisprudencia contencioso administrativa ha entendido que en estos casos la ley ha “delegado” la función administrativa del Estado por ejemplo en las universidades privadas, que no son universidades nacionales, por lo que se rigen en el ejercicio de las mismas por el derecho administrativo, en especial por las garantías que ésta establece en las relaciones entre el Estado y los particulares con relación al debido proceso y al derecho a la defensa.

El mismo proceso de penetración del derecho administrativo hacia la actuación de las personas jurídicas privadas, de derecho privado, se ha venido produciendo incluso respecto de actividades cumplidas por éstas que no constituyen un servicio público, aun cuando por el interés o utilidad general de las mismas han sido objeto de una regulación legal que ha otorgado a entidades privadas básicamente de carácter corporativo el ejercicio de ciertas potestades públicas ordenadoras o disciplinarias en la actividad que gestionan. Así se ha resuelto por la jurisprudencia contencioso administrativa respecto de la Sociedad de Autores y Compositores en relación con el establecimiento de tarifas conforme a la Ley de Derecho de Autor;⁷⁰ del Comité Olímpico Venezolano⁷¹ y de las federaciones y asociaciones deportivas, como la Asociación de Tiro del Distrito Federal,⁷² en relación con la actividad disciplinaria y sancionadora que realizan conforme a la Ley del Deporte.

En estos casos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha considerado que

⁶⁹ Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de noviembre de 1994, caso Asociación de Vecinos de la Urbanización Guataparo (consultada en original).

⁷⁰ Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de marzo de 1984 y 18 de febrero de 1986, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 18, 1984, pp. 177 a 178, y núm. 25, 1986, pp. 131 y 132.

⁷¹ Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de mayo de 1984 (consultada en original).

⁷² Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 1986, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., nota 54, p. 476.

las entidades deportivas previstas en la Ley del Deporte, cuando dictan actos sancionatorios en uso de la potestad que les ha conferido la misma ley, se comportan ante sus integrantes en un plano de supremacía, es decir, de autoridad, que ubica a los referidos actos dentro del marco del derecho administrativo y los hace formar parte del objeto del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa.⁷³

VII. LA FÁCTICA “PRIVATIZACIÓN” DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Una de las técnicas de regulación más clásicas del derecho administrativo, y que pone de manifiesto el ejercicio del poder público para el cumplimiento de las tareas que tiene asignado el Estado, es el de la reserva de ciertas actividades al Estado, que éste asume a veces en forma exclusiva y excluyente, y otras veces, sin dejar de ser exclusiva, sin excluir la posibilidad de la participación de los particulares en su realización, generalmente mediante concesión.

De las formas de la actividad administrativa, aquellas en las cuales siempre se da la figura de la reserva son la policía administrativa y los servicios públicos propiamente dichos.

En efecto, la policía administrativa es la actividad del Estado mediante la cual se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento del orden público y social, lo cual implica, siempre, para lograr dicho objetivo, la posibilidad tanto de limitación o restricción de la actividad de los particulares como del uso de la fuerza coactiva. El régimen jurídico de la policía administrativa, en todas las áreas de actuación del Estado, es materia de reserva legal, pues implica limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas para garantizar su ejercicio por todos y el orden público y social. Además, el uso de los medios coactivos, es decir, de la fuerza pública, para precisamente garantizar, para todos, el ejercicio y goce de los derechos y libertades constitucionales y para mantener y restablecer el orden público o social, es un monopolio del Estado. En otras palabras, la policía administrativa, como actividad, está reservada al Estado, no sólo en cuanto al uso de la fuerza pública, sino respecto a la existencia de la fuerza pública en sí misma. Por ello, la Constitución

⁷³ *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 1993, caso Liga de Fútbol Profesional de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 55 y 56, 1993, pp. 398 y 399.

no sólo atribuye a los entes político-territoriales competencia expresa en materia de policía nacional, estatal y municipal (artículos 156.6, 164.6 y 178.7), configurándose la función de los órganos de seguridad ciudadana como una materia de competencia concurrente (artículo 332).

Hay por tanto fuerzas de policía nacionales, estatales y municipales a las cuales se ha atribuido el uso de la fuerza pública en forma exclusiva y excluyente. Es decir, la policía administrativa es una actividad y una fuerza reservada al Estado, en sus tres niveles territoriales, lo que significa atribución exclusiva, en el sentido de que sólo corresponde al Estado como tarea y obligación esencial y en este caso de la policía, además, como atribución excluyente, en el sentido de que sólo el Estado puede organizar el uso de la fuerza pública, particularmente en materia de orden público general, de tranquilidad, seguridad, moralidad y salubridad en la calle,⁷⁴ no pudiendo los particulares establecer fuerzas, con armas, para realizar actividades de policía. Ello es campo esencial del derecho administrativo, particularmente por las garantías que éste prevé respecto de los derechos de los individuos en relación con la actividad policial, que es actividad que se traduce en actos administrativos, sometidos a control de la jurisdicción contencioso administrativa.⁷⁵

Sin embargo, la desatención progresiva por parte del Estado venezolano de las tareas de seguridad y orden público, y la exigencia ciudadana por mayor seguridad personal, ha conducido a la aparición progresiva de unos “servicios de vigilancia privada”, primero, de hecho, y luego, objeto de una reglamentación que fue establecida a partir del Reglamento de los Servicios Privados de Vigilancia, Protección e Investigación de 1975.⁷⁶

En este reglamento se reguló, entonces, el ejercicio por particulares de la función policial en las áreas de servicios de vigilancia y protección de propiedades; de traslado y custodia de valores, y de investigación sobre

⁷⁴ Como dice la antigua Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal en su artículo 1o. “La Policía municipal es el ramo de la administración Pública que tiene por objeto garantizar la seguridad, tanto de las personas como de la propiedad, la moralidad, salubridad y el orden público en el Distrito Federal”.

⁷⁵ Son de destacar las normas de conducta de los miembros del cuerpo de policía establecidas en el decreto 3.179, del 7 de octubre de 1993 contenido del Reglamento de Coordinación de los Servicios de Policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía, *Gaceta Oficial*, núm. 35.317, del 14 de octubre de 1993.

⁷⁶ Decreto 699, del 14 de enero de 1975, *Gaceta Oficial*, núm. 30.597, del 14 de enero de 1975.

personas y bienes, precisándose sólo respecto de estos últimos que “en ningún caso podrán afectar los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en la Constitución y las leyes, ni interferir las funciones de investigación del Estado” (artículo 2o.).

El reglamento citado previó la necesidad de una autorización para la prestación privada de estos servicios de policía, estableciendo normas sobre uso de armas, la contratación de personal y el ejercicio de potestades de control, inspección y fiscalización por parte del Ministerio de Relaciones Interiores. Además, en el reglamento se previó la posibilidad de que el Ministerio de Relaciones Interiores pudiera disponer, por razones de seguridad, el despido de cualquier persona contratada por los servicios privados de vigilancia, protección e investigación (artículo 36); se estableció la obligación de los mismos de informar a las autoridades de policía cuando tengan conocimiento de la comisión de hechos punibles y de denunciarlos cuando sean de acción pública (artículos 24 y 34), y se previó en general:

Artículo 35. En caso de guerra, perturbación del orden público, calamidades públicas u otras emergencias graves, las personas autorizadas para prestar los servicios aquí reglamentados, pondrán su personal, instalaciones, equipos, armas e implementos a la orden del Ejecutivo nacional, según él le indique, por el tiempo que sea necesario y mientras se mantengan las causas que hubieren provocado la medida.

De esto resulta ni más ni menos que la realización, por parte de particulares, de actividades de policía administrativa que han sido atribuidas en forma exclusiva y excluyente al Estado, rompiéndose así el monopolio del Estado en el uso de la fuerza pública, lo que llevó en su momento al gobernador del antiguo Distrito Federal en Caracas, por ejemplo, a tener que atribuir a los vigilantes privados y a los transportistas de valores al servicio de las empresas privadas de vigilancia, protección de propiedades y custodia y traslado de valores, “el carácter de auxiliares *ad honorem* de la Policía Metropolitana”, motivo por el cual se les impusieron deberes adicionales de policía administrativa.⁷⁷

⁷⁷ El artículo 1o. de la resolución 44, del 30 de enero de 1992, impuso a los mismos los deberes de “vigilancia general sobre los bienes bajo su custodia”; de “protección a las personas a las propiedades donde prestan sus servicios”; de “impedir la comisión de hechos delictivos durante sus horarios de labores y en su lugar de trabajo”; de “cooperar con los cuerpos de seguridad y orden público poniendo en conocimiento de la autoridad

En esta forma, hemos estado en presencia de cuerpos armados de vigilancia y protección privados con funciones de policía administrativa, es decir, “policías administrativas privadas” no previstas ni en las leyes nacionales o estatales ni en las ordenanzas municipales, que han roto el carácter excluyente y monopolístico del uso de la fuerza pública por el Estado. Ello ha significado un escape fáctico del derecho administrativo, pues quienes han cumplido dichos servicios ni son funcionarios públicos ni sus actuaciones pueden considerarse como de carácter administrativo, siendo el único “lazo” con el sector público el establecido en una resolución que les asignó el carácter de funcionarios auxiliares *ad honorem* de la Policía Metropolitana y que regía sólo en una parte de la ciudad de Caracas.

Así, la policía administrativa se “privatizó”, es decir, se desarrolló una policía administrativa privada, con el consiguiente relajamiento de la reserva al Estado del uso de la fuerza pública y de las actividades de segunda pública, y la consecuencial huida del derecho administrativo.

Un fenómeno similar se puede constatar en el campo de los servicios públicos en sentido propio, cuya existencia misma es consecuencia de la reserva que el Estado se hace respecto de determinadas actividades prestacionales para la satisfacción de necesidades colectivas, que la Constitución o la ley le imponen como obligación. El servicio público, por tanto, no es otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva, lo que hace que esta sea una de las clásicas formas de la actividad administrativa.⁷⁸ Pero por supuesto, con gran frecuencia la Constitución y la ley califican una actividad como servicio público, y la misma no es exclusiva del Estado, como el de salud o educación, en cuya prestación participan los particulares, en ejercicio de su libertad económica, coprestándolo, sometidos sólo a controles públicos (licencias, registros).

competente más cercana los hechos ilícitos que se estén perpetuando”; o “aprehender y poner a la disposición de dichos cuerpos la persona sorprendida *in fraganti* cometiendo actos delictivos, conjuntamente con los objetos con que haya cometido o intentado cometer el delito y que sirva para comprobar su perpetración, así como preservar el sitio del suceso”; y de “prestar su colaboración a las autoridades de tránsito, no permitiendo el estacionamiento de vehículos en el espacio denominado zona bancaria”; *Gaceta Oficial*, núm. 34.989, del 6 de febrero de 1992.

⁷⁸ Brewer-Carías, Allan R., “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 6, 1981, pp. 65-71.

Ahora bien, los servicios públicos propiamente dichos, como reservados al Estado, pueden ser exclusivos y excluyentes, cuando la prestación del servicio público se establece como una reserva absoluta a cargo del Estado, en la cual se excluye a los particulares; o pueden ser de carácter exclusivo pero no excluyente, los cuales, si bien implican una reserva al Estado, sin embargo los particulares pueden prestarlos mediante concesión, como sucede, por ejemplo, con todos los servicios públicos domiciliarios y municipales regulados en la Constitución (artículo 178) y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.⁷⁹

En materia de servicios públicos exclusivos no excluyentes, la “privatización” de los mismos, como política del Estado, se concreta en la concesión de la prestación de los mismos a los particulares, mediante concesiones administrativas.⁸⁰ Sin embargo, esta privatización se reduce al titular de la prestación, pero no al régimen de la misma, el cual, mediante la figura de las concesiones administrativas de servicios públicos, sigue siendo un régimen típicamente de derecho administrativo.

El problema, en este campo, se plantea en aquellos casos en los cuales se ha producido la privatización de un servicio público, que a pesar de su carácter exclusivo y excluyente se llega a prestar por particulares, de hecho y sin que medie concesión administrativa. En este caso hay no sólo una “privatización” del régimen del servicio público y el relajamiento de la reserva, sino una huida del régimen de derecho administrativo. Es el caso del servicio de correo, que la Ley de Correos, conforme a la tradición precedente, declaró como “prestado exclusivamente por el Estado” (artículo 1o.),⁸¹ agregando la ley que creó el Instituto Postal Telegráfico su “carácter público”,⁸² estando obligados, por tanto, los particulares a utilizar dichos servicios públicos para el envío de correspondencia.⁸³

⁷⁹ Artículo 61, *Gaceta Oficial*, núm. 38.204, del 8 de junio de 2003.

⁸⁰ Por ello la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial*, núm. 4.927, extra, del 30 de junio de 1995, reguló las concesiones de servicios públicos dentro de la política de privatización (artículo 1o.).

⁸¹ Decreto-ley 474, del 12 de diciembre de 1958, *Gaceta Oficial*, núm. 25.841, del 18 de diciembre de 1958.

⁸² Artículo 1o. de la Ley del Instituto Postal Telegráfico, *Gaceta Oficial*, núm. 2.146, extra, del 28 de enero de 1978.

⁸³ Artículo 13 de la Ley de Correos, *Gaceta Oficial*, núm. 25.841, del 18 de diciembre de 1958.

La insuficiencia y deficiencia del servicio público de correo, sin embargo, condujo, primero de hecho, y luego con alguna regularización, a la privatización de los servicios de correo, sin concesión. En efecto, el artículo 13.b de la Ley de Correos estableció la posibilidad de que los particulares pudieran ser portadores de correspondencia, entre otros casos, “por estar autorizados, conforme a los Reglamentos, por falta absoluta o poca frecuencia del servicio oficial”, autorización que regulaba el viejo Reglamento de la Ley de Correos de 1938.⁸⁴ La verdad fue que de hecho, con dichas autorizaciones o sin ellas, el servicio público de correo se fue privatizando, apareciendo servicios privados de correspondencia paralelos a los públicos, cuya regularización se comenzó a establecer a partir de 1983 mediante el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos,⁸⁵ que aun cuando sin fundamentación legal expresa alguna, previó que “la prestación de los servicios de correos por empresas privadas, requiere de concesión otorgada por actos unilaterales del IPOSTEL, previa opinión favorable del Ministerio de Transporte y Comunicaciones” (artículo 1o.), obligando, por tanto, a “las empresas privadas” que estaban “atendiendo los servicios de correos” hasta esa fecha, a adaptarse a la regulación establecida.

En esta forma, frente a la huida fáctica del servicio de correos del régimen del derecho administrativo, mediante el establecimiento del régimen de concesión de los servicios —y aun con precario fundamento legal, dado el carácter exclusivo y excluyente del mismo—, se recuperó para el derecho administrativo el régimen de un servicio público que fácticamente había sido “privatizado”.

VIII. LA INEXISTENCIA DE ACTOS O DE CONTRATOS ESTATALES EXCLUSIVAMENTE DE DERECHO PRIVADO

Como hemos señalado, los órganos de la administración pública, en su actividad, se encuentran siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con la finalidad y naturaleza de la misma.

⁸⁴ *Gaceta Oficial*, extra del 31 de diciembre de 1938.

⁸⁵ Decreto 2.180, del 28 de julio de 1983, *Gaceta Oficial*, núm. 32.784, del 8 de agosto de 1983.

El derecho administrativo, y por supuesto el constitucional, es el derecho normal y específico de los mismos, de manera que incluso algunas actividades públicas sólo están sometidas al derecho público; sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividades de las administraciones públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, o sea, que no hay actividad administrativa de derecho privado.

La ficción de la teoría del fisco, que consideraba al Estado como persona jurídica (Estado-persona) sometida al derecho privado para distinguirla del Estado-poder, que ejercía el poder público y estaba sometido al derecho público,⁸⁶ quedó en la prehistoria del derecho administrativo. El Estado, en el constitucionalismo moderno, se personifica en los sujetos de derecho que su forma política implique (en nuestro caso, la forma federal conduce a tres grupos de sujetos de derecho público —la República, los estados y los municipios—), que se derive de su posibilidad de descentralización funcional (personas de derecho público o de derecho privado); y todas esas personas como sujetos de derecho están sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, que se les interaplica.

Sin embargo, en ningún caso puede identificarse una persona jurídica estatal que sólo esté sometida al derecho privado, un acto de las entidades estatales que sólo esté sometido al derecho privado, ni un contrato celebrado por los órganos de la administración pública sólo sometido al derecho privado. Lo que hay son sujetos de derecho, actos y contratos a los cuales se interaplica el derecho público y el derecho privado, con una preponderancia variable, pero que siempre por su carácter estatal se encuentran sometidos en alguna forma y medida al derecho administrativo.

Por tanto, si bien puede haber actos de las personas jurídicas de derecho público estatales sólo sometidas al derecho público, no puede haber actos de las mismas sólo sometidas al derecho privado. De allí la crítica que hemos formulado a la expulsión que decretó la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia del 18 de julio de 1985, en relación con la naturaleza del Banco Central de Venezuela, respecto de la aplicación del derecho administrativo con relación al

⁸⁶ El vestigio de dicha teoría se conservó en el artículo 1o. de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, hasta que fue derogado por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial*, núm. 38.198, del 31 de mayo de 2005.

funcionamiento de dicho Banco, como persona jurídica de derecho público de naturaleza única (artículo 1o.), y cuya existencia, según la Corte, tenía “como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de derecho privado comercial que rige la constitución, organización y desenvolvimiento de las compañías anónimas”.⁸⁷ Por ello, en cuanto al acto del presidente de la República de remoción del presidente del Banco Central de Venezuela, que se realiza mediante decreto, acto que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define esencialmente como acto administrativo (artículo 15), la antigua Corte Suprema consideró que se trataba de un acto revocatorio de un administrador de una compañía anónima dada la forma de sociedad anónima del Banco Central de Venezuela, adoptado por el órgano que sustituye a la Asamblea del Banco por lo que respecta a la provisión de los cargos del directorio del mismo, concluyendo entonces:

En ejercicio pues de una potestad de derecho privado, como órgano sustitutivo de la asamblea en virtud de la Ley del Banco Central de Venezuela —que tiene jurídicamente el mismo valor que el contrato constitutivo de la sociedad (artículo 84 de la Ley de 1930)—, el Presidente de la República revocó la designación del Presidente del Instituto que en uso de la misma facultad había efectuado su antecesor en el cargo (artículo 19 de la Ley vigente).

El empleo de la forma de Decreto para ejercer dicha facultad no era necesaria, porque, como se ha dicho, *no constituyen actos administrativos estatales*, ni la designación ni la revocación. *Pero se trata de un elemento puramente externo que en nada puede desnaturalizar la esencia del acto de derecho privado ejecutado por el Presidente de la República.*⁸⁸

En esta forma, el decreto presidencial de remoción del presidente del instituto emisor y contralor del crédito y de la estabilidad monetaria en el país, que por sobre todo es un funcionario público y que ejerce potestades públicas, la antigua Corte Suprema lo consideró, de un plumazo, como un mero “acto de derecho privado”, y le quitó todo carácter de acto administrativo estatal, y todo para excluirlo de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso hemos dicho que esta sen-

⁸⁷ *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 24, 1985, pp. 103-108.

⁸⁸ *Idem*.

tencia, al menos como la calificó el voto salvado, fue “errada” e “incongruente”, pues no puede haber actos de órganos del Estado —como el presidente de la República— sólo regidos por el derecho privado, y menos un decreto del jefe del Ejecutivo nacional.

Lo mismo puede señalarse respecto de los contratos de la administración pública, en el sentido de que no puede haber contratos de derecho privado de los entes públicos que se diferencien respecto de los contratos administrativos.⁸⁹ Puede haber, y los hay, contratos del Estado que por su objeto se considera que tienen, a priori, por ejemplo, el contrato de obra pública o la concesión de servicio público, un régimen preponderantemente de derecho público; y otros, un régimen preponderante de derecho privado, como el contrato de suministro de bienes no esenciales, al funcionamiento del Estado pero nunca puede haber un contrato del Estado sometido únicamente al derecho privado. Ello es una imposibilidad esencial, pues al igual que el acto administrativo unilateral, el acto bilateral de un órgano estatal está sometido a normas de competencia y formalidades, en este caso, por ejemplo, de selección de contratistas (licitación), que forman parte del derecho administrativo que les es aplicable.

Por ello hemos cuestionado la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, como si estos últimos sólo estuvieran sometidos a normas de derecho privado, lo cual es imposible, pues todos los contratos de la administración están sometidos al derecho administrativo, aun cuando pueda considerarse, a priori, que preponderantemente se les aplica el derecho privado. Por ello, la distinción no tenía ninguna justificación en el país, hasta que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 acogió la noción de contrato administrativo para asignar a la Sala Político-Administrativa de la Corte, competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de “la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución” de los mismos (artículo 42); norma que si bien se repite en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004,⁹⁰ con la atribución de la competencia a los otros tribu-

⁸⁹ Brewer-Carías, “La evolución del concepto administrativo”, *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, pp. 41 y ss. Cfr. además lo expuesto en Vélez García, Jorge y Brewer-Carías, Allan R., *Contratación estatal, derecho administrativo y Constitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995, pp. 29 y ss.

⁹⁰ *Gaceta Oficial*, núm. 37.942, del 18 de mayo de 2004.

nales de la jurisdicción según la cuantía, la distinción carece ahora de utilidad.⁹¹

En todo caso, la norma legal, por supuesto, ha sido objeto de aplicación en múltiples casos, y varias han sido las decisiones del Supremo Tribunal para identificar a los contratos administrativos, habiéndose acogido como criterio, además del objeto vinculado a un servicio público —la verdad es que, en nuestro criterio, parecería imposible no encontrar algún contrato de la administración en una u otra forma vinculado a un servicio público—, la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, que crearan situaciones de privilegio a favor de la administración contratante, como serían las que le permiten dirigir y controlar la ejecución del contrato, modificarlo unilateralmente; con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico del contrato, y rescindirlo unilateralmente, las cuales, como lo consideró la antigua Corte Suprema, “podrían incluso ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato, y sin embargo, considerarse presentes en el mismo por estar consustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada”. En palabras de la antigua Corte, implícita o expresamente dichas cláusulas están “en los casos en los cuales este poder de supremacía de la Administración se pone de manifiesto justificado por la necesidad de proteger el interés jurídico en forma especial confiado a su competencia”.⁹²

Por eso, en definitiva, un contrato de la administración, aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un “contrato administrativo” y, por tanto, con “régimen preeminente de derecho público”,⁹³ si la administración, por razones de interés general, decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón

⁹¹ Cfr. lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R., “Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, conferencia dictada en el Seminario sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Monteávila, Caracas, 9 de diciembre de 2004, en [www.allanbrewercarias.com]. (Documentos 2004). Cfr. Hernández, José Ignacio, “¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 99 y 100, 2004, pp. 369 y ss.

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 27 de enero de 1993, caso Hotel Isla de Coche II, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, p. 194.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 17 de noviembre de 1994 (consultada en original).

por la cual la categoría de “contrato administrativo”, en definitiva, es una categoría *ex post facto*, cuya existencia misma depende de la voluntad de la administración.⁹⁴

De cualquier forma, sea cual sea el contrato de la administración en cuanto al régimen jurídico que le es aplicable —preponderantemente de derecho público o de derecho privado—, la tendencia legislativa es a regularlo uniformemente desde el punto de vista del derecho administrativo; por ejemplo, estableciendo un régimen común para la selección de los contratistas en la Ley de Licitaciones, de aplicación general, incluso para la administración descentralizada;⁹⁵ y para el ejercicio del control fiscal de los compromisos financieros por parte de la Contraloría General de la República.⁹⁶

En estos casos, aun tratándose de contratos que deban ser suscritos por personas jurídicas de derecho privado estatales, la exigencia de la aplicación a los mismos del procedimiento de selección previsto en la Ley de Licitaciones conduce a que se estime que los entes de derecho privado mencionados actúan en función administrativa, originando relaciones jurídico-administrativas sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 6 de agosto de 1996 (caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní vs. CVG-Edelca) ha señalado:

Todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa Ley se apliquen, tienen la naturaleza de procedimientos administrativos, aun cuando se trate de aquellos procedimientos especiales que la propia Ley autoriza, en los casos en que exceptúa la aplicación de los regulados en ella. En efecto, cuando una Ley obliga a los sujetos a los cuales se aplica, a utilizar un procedimiento para la selección de sus contratistas, sea cual fuere la naturaleza del contrato que en definitiva se vaya a celebrar, sea cual fuere el tipo de procedimiento aplicable, es obvio que los mismos dan origen a relaciones jurídico-administrativas, sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa.⁹⁷

⁹⁴ Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *Contratos administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

⁹⁵ Artículo 2o. de la Ley de Licitaciones, *Gaceta Oficial*, núm. 5.556, extra del 13 de noviembre de 2001.

⁹⁶ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley núm. 59, *Gaceta Oficial*, núm. 37.347, del 17 de diciembre de 2001.

⁹⁷ Consultada en original.

Por lo demás, el régimen común a todos los contratos de la administración parte de la noción de “contratos de interés público” que consagra la Constitución, que pueden ser de interés público nacional, estatal o municipal, no en cuanto a su objeto y naturaleza, sino en cuanto a que sean suscritos por entidades que formen parte de la administración pública nacional —incluso la descentralizada con forma de derecho privado, como las empresas del Estado—, de la administración pública estatal o de la administración pública municipal, respectivamente.⁹⁸

IX. LA PUBLICIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO PRIVADO

El proceso de intervención del Estado en la economía, mediante potestades reguladoras u ordenadoras de la misma, antes que mostrar una huida de regulación del derecho administrativo, más bien lo que muestra es un proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban sólo regulados por el derecho privado.

En esta forma, el derecho administrativo fue penetrando progresivamente en el campo que era propio del derecho civil o mercantil, con particulares incidencias en la autonomía de la voluntad contractual. La primera de estas penetraciones importantes ocurrió en los años cuarenta, con la regulación de los arrendamientos urbanos, régimen que desembocó en la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, mediante la cual se permitió a la administración, interferir en una parte tan medular de los contratos de arrendamiento como la fijación del canon o la terminación de los mismos, al regularse las causales de desalojo y el derecho de preferencia del arrendador a continuar arrendando el inmueble.⁹⁹

La administración pública, en esta forma, intervino en la relación contractual mediante actos administrativos, la mayoría dictados en función jurisdiccional, cuyo control incluso dio origen a una jurisdicción conten-

⁹⁸ Artículos 150 y 151 C, de 1999. *Cfr.* Brewer-Carías, Allan R., “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Estudios de derecho público (labor en el Senado)*, Caracas, Congreso Nacional, 1983, t. I, pp. 183 y ss.

⁹⁹ Ley de Regulación de Alquileres, *Gaceta Oficial*, núm. 26.319, del 1o. de agosto de 1960. Dicha ley fue derogada por la Ley sobre Arrendamientos Inmobiliarios, de 1999, Decreto-ley 427, *Gaceta Oficial*, núm. 36.845, del 7 de diciembre de 1999.

cioso administrativa especial —el Tribunal de Inquilinato—, que luego se integró en la jurisdicción contencioso administrativa general.¹⁰⁰

Por otra parte, la intervención progresiva del Estado en la regulación del régimen de los bancos y otras instituciones financieras¹⁰¹ y de las empresas de seguro¹⁰² ha hecho del derecho comercial bancario o de seguros mitad derecho público, mitad derecho privado, dado el amplio poder que se ha atribuido a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros en el control de las actividades, y que ha llevado a dichos organismos, en algunos casos, a calificar y desnaturalizar contratos como consecuencia de su intervención, lo cual incluso ha sido corregido por la jurisprudencia contencioso administrativa.¹⁰³

Otro tanto debe señalarse respecto de las regulaciones relativas a los títulos valores, otrora materia exclusivamente regulada por el Código de Comercio, y que con la promulgación de la Ley del Mercado de Capitales y la regulación de las bolsas de valores¹⁰⁴ ha dado origen, incluso, a un derecho público del mercado de valores.¹⁰⁵ La Comisión Nacional de Valores, en el cumplimiento de sus atribuciones, con frecuencia las ejerce en función jurisdiccional, habiendo llegado en su intervención a penetrar en la autonomía empresarial y contractual a veces más allá de lo permitido, calificando actos y acciones en forma distinta a lo establecido por las partes, lo que ha sido objeto de control contencioso administrativo.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Cfr. resolución 861, del 9 de mayo de 1991 del antiguo Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial*, núm. 34.775, del 13 de agosto de 1991.

¹⁰¹ Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto-ley 1.526, *Gaceta Oficial*, núm. 5.555, extra, del 13 de noviembre de 2001.

¹⁰² Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, Decreto-ley 1.545, *Gaceta Oficial*, núm. 5.561, extra, del 28 de noviembre de 2001; Ley del Contrato de Seguro, Decreto-ley 1.501, *Gaceta Oficial*, núm. 5.553, extra, del 12 de noviembre de 2001.

¹⁰³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 15 de junio de 1994, caso Banco Hipotecario Unido (consultada en original).

¹⁰⁴ Ley de Mercado de Capitales, del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial*, núm. 36.565, del 22 de octubre de 1998.

¹⁰⁵ Cfr. Jiménez-Blanco, Antonio, *Derecho público del mercado de valores*, Madrid, 1989; Brewer-Carías, Allan R., *El régimen legal de las ofertas públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001.

¹⁰⁶ Cfr. Brewer-Carías Allan R. et al., *El caso del Banco de Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995, t. I.

Por último, en este proceso progresivo de publicización del derecho privado debe mencionarse el régimen legal de promoción y protección de la libre competencia,¹⁰⁷ ahora de rango constitucional (artículo 113), que atribuye a la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia amplios poderes de control y decisión sobre conductas y cláusulas contractuales que puedan ser anticompetitivas y contrarias a la ley, los que ejerce en función jurisdiccional. La consecuencia de la declaración por la Superintendencia del carácter restrictivo de la libre competencia de determinada cláusula contractual es la consideración *ex lege* de su nulidad (artículo 57), quedando dicha materia fuera de la jurisdicción de los tribunales mercantiles, como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa.¹⁰⁸

En esta forma, lejos de perder áreas de regulación, el derecho administrativo ha venido penetrando progresivamente en campos tradicionales del derecho privado, más allá de las clásicas actividades de la llamada “administración del derecho privado” como podían ser, por ejemplo, las relativas al régimen del registro público inmobiliario.¹⁰⁹

X. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Un último aspecto debe destacarse en cuanto al proceso de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, y es el relativo a la configuración del régimen de la responsabilidad administrativa, tema de primera importancia en nuestra disciplina y que a pesar de su constitucionalización en el artículo 140 C de 1999 no ha tenido un desarrollo autónomo.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, *Gaceta Oficial*, núm. 34.880, del 13 de enero de 1992. *Cfr.* Brewer-Carías, Allan R. *et al.*, *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

¹⁰⁸ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 29 de mayo de 1996, caso Heinz-Kraft (consultada en original).

¹⁰⁹ *Cfr.* Brewer-Carías, Allan R., “La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso administrativa”, *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 459 y ss.

¹¹⁰ Ortiz Álvarez, Luis A., *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995; Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la*

Cuando nos ocupamos por primera vez del tema hace más de cuatro décadas y conforme a la situación de la época de nuestro ordenamiento jurídico aplicado por la antigua Corte Suprema, distinguimos entre la responsabilidad de la administración por falta o riesgo regida por los principios del Código Civil, y la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados por sus actividades lícitas¹¹¹ que aquéllos no estaban obligados a soportar, incluyendo la expropiación, los cuales significaban la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas. El tema ha sido estudiado por todos los que se han ocupado del derecho administrativo desde que en el famoso *arrét* Blanco, del 8 de febrero de 1873, el Tribunal de Conflictos de Francia estableció:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.¹¹²

Por tanto, pregonar como pieza esencial del derecho administrativo un régimen propio de la responsabilidad administrativa es tan viejo como el derecho administrativo mismo. Pero este, en cada país, se ha ido moldeando conforme a las normas y principios del ordenamiento aplicable por los tribunales; y la verdad es que en esta materia la jurisprudencia contencioso administrativa había sido relativamente escasa en cuanto a la configuración del régimen de la responsabilidad.¹¹³ Sólo ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han ve-

administración. Análisis de la interpretación del artículo 140 de la Constitución de 1999, Caracas, 2004.

¹¹¹ Brewer-Carías, Allan R., *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, pp. 417 y ss.

¹¹² Long, M. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1990, p. 15.

¹¹³ *Cfr.* Ortiz Álvarez, *op. cit.*, nota 110.

nido avanzando en ello, tal como se ha analizado anteriormente (Introducción general, XII).

De ello, lo que interesa retener aquí es que en cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. En cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación, que tiene individualidad propia,¹¹⁴ sino con las previsiones de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.¹¹⁵

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aun tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado y, sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas, pero sin que de ello pueda derivarse que se haya establecido un régimen general de responsabilidad objetiva general del Estado,¹¹⁶ o que la responsabilidad administrativa esté regida exclusivamente por el derecho administrativo.

XI. LA EXPANSIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como puede apreciarse de todo lo anteriormente señalado, en el proceso de freno o detención de la huida del derecho administrativo, de recuperación de áreas de regulación perdidas y de afianzamiento de su estatuto, el papel más importante en el mismo lo han desempeñado los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, los cuales han pasado a ser, como lo exige la Constitución, jueces de todas las administraciones públicas.

¹¹⁴ Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, *Gaceta Oficial*, núm. 37.475, del 1o. de julio de 2002. *Cfr.* Brewer-Carías, Allan R. *et al.*, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Caracas, Editora Jurídica Venezolana, 2002.

¹¹⁵ *Gaceta Oficial*, núm. 3.238, extra, del 11 de agosto de 1983.

¹¹⁶ Como lo ha dicho la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 15 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 82, 2000, pp. 241 y ss.

En efecto, como hemos señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido moldeando el régimen jurídico aplicable a las organizaciones estatales tanto con formas de derecho privado como con forma de derecho público, lo que se evidencia con la tendencia integradora del sector público y de su sometimiento completo a normas de derecho público. Por ello, ha sido frecuente el control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con actos administrativos adoptados por empresas del Estado, constituyendo este solo hecho de que se consideren como actos administrativos decisiones dictadas por personas jurídicas de derecho privado mercantil, una reacción recuperadora importante respecto de áreas que rige el derecho administrativo.¹¹⁷

En otros casos, sobre la reacción recuperadora del derecho administrativo, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, los que han quitado el velo de la personalidad jurídica de derecho privado otorgado a una organización administrativa, que por las funciones y poderes que le fueron atribuidas era más un instituto autónomo que una fundación del Estado y, por tanto, sujeto al derecho administrativo con más preponderancia de lo que había sido la intención al crearla.¹¹⁸

En el campo de la función pública, también, como se ha señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y particularmente del desaparecido Tribunal de la Carrera Administrativa los que, a pesar de la laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos, en algún momento afianzaron el carácter estatutario del régimen, aplicable, incluso, a los funcionarios contratados.¹¹⁹

Por otra parte, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a pesar de que en casos aislados, como se ha visto, los criterios fueran restrictivos. En todo caso, ha quedado claramente establecido por la jurisprudencia contencioso administrativa que todo acto administrati-

¹¹⁷ Por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró como actos administrativos los adoptados por empresas del Estado en aplicación del procedimiento licitatorio regulado en la Ley de Licitaciones; *cfr.* sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Carona vs. CVG Edelca (consultada en original).

¹¹⁸ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consultada en original).

¹¹⁹ Corte primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez vs. INOS (consultada en original).

vo puede ser objeto de control contencioso administrativo, por lo que no puede haber actos administrativos que queden excluidos de control.¹²⁰ Es la tendencia a la universalidad del control, que hemos destacado en otro lugar,¹²¹ lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad los actos administrativos dictados por las administraciones públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la administración pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.¹²²

Debe destacarse que a pesar de la expansión del contencioso administrativo con relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, hasta el año 2004 no se había constituido en la jurisdicción especial de la administración pública. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa no constituía un fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento, ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad de la administrativa pública del Estado.

En efecto, tal como estaba regulada en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema del Justicia (artículos 42.15, 182.2 y 185.6), la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de demandas contra los entes estatales sólo se refería a las demandas contra la República y contra los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales...¹²³ En esta forma quedaban fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia, las demandas

¹²⁰ *Cfr.* por ejemplo, la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, del 11 de agosto de 1993, en la cual se afirmó que “la jurisprudencia contencioso administrativa... abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos”, por lo que desaplicó, por inconstitucional, el artículo 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, que excluía el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de los inspectores del trabajo favorables a los sindicatos, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 55 y 56, 1993, p. 390.

¹²¹ Brewer-Carías, Allan R., *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, pp. 19 y ss.

¹²² *Ibidem*, pp. 25 y ss.

¹²³ Así se había interpretado por los órganos de la jurisprudencia al aplicar la expresión “empresas del Estado”, reservando la jurisdicción sólo a las nacionales. *Ibidem*, pp. 44 y ss.

contra los estados y municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estatales o municipales, aun cuando en segunda instancia conocieran de estas causas los tribunales superiores contencioso administrativos, mediante apelación. Ante estas regulaciones, sin embargo, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso administrativa en campos que normalmente le estaban excluidos, como el de las demandas contra los estados y municipios, fue a través de la teoría de los actos separables, lo que permitió someter al conocimiento de la jurisdicción los actos administrativos unilaterales que se podían aislar de una relación jurídica contractual que se hubiera podido concebir como “de derecho privado” y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa.¹²⁴

En todo caso, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, al reformarse las normas que transitoriamente rigen el contencioso administrativo, puede decirse que se ha buscado configurar a la jurisdicción contencioso administrativa como un fuero de la administración pública, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de ésta no sea necesario acudir a mecanismos indirectos como el señalado. En efecto, en cuanto a las demandas contra los entes públicos, el artículo 5o., párrafo I, 24 atribuyó a la Sala Político-Administrativa, competencia para “conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere”. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia 7315, del 8 de septiembre de 2004, además, aplicando el principio de la unidad de competencia, estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares.¹²⁵

Pero un aspecto de primera importancia, aún no resuelto totalmente en la jurisprudencia contencioso administrativa misma, es el de que supuestamente los actos administrativos sometidos a conocimiento de los órganos de dicha jurisdicción serían sólo aquellos sujetos al derecho adminis-

¹²⁴ Cfr. por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 26 de junio de 1990, caso Karl Wuff, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 43, 1990, pp. 97-99.

¹²⁵ Caso Declinatoria de competencia, Alejandro Ortega O. vs. Banco Industrial de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 99 y 100, 2004, pp. 298 y ss.

trativo —como si pudiera haber actos administrativos no sujetos a nuestra disciplina—, lo que ha permitido excluir del conocimiento de ellos actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. El artículo 259, C, que precisa la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa para anular los actos administrativos contrarios a derecho, no distingue entre actos administrativos sujetos o no al derecho administrativo, por lo que el solo planteamiento de esta posibilidad es inconstitucional.

Lamentablemente, en Venezuela, fue la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa la que introdujo el tema, quizá por la inadecuada interpretación del texto del artículo 1o. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, que al definir la competencia de ésta la refiere a “las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo”.¹²⁶

Pero una cosa es hablar de “actos de la Administración” y otra de “actos administrativos”. No todos los actos de la administración están sujetos al derecho administrativo,¹²⁷ pero todos los actos administrativos sí están sujetos al derecho administrativo. Lamentablemente, las cosas se han mezclado, y la conclusión ha sido que en ciertos casos se ha resuelto que algunos actos administrativos no están sujetos al derecho administrativo.

En nuestro criterio, no puede haber un acto administrativo que no esté “sujeto al derecho administrativo”, por lo que la definición de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa referida sólo a conocer de actos administrativos sujetos al derecho administrativo, en nuestro criterio, no tiene sentido. Como se ha señalado, la interaplicación del de-

¹²⁶ *Cfr.* por ejemplo, la expresa indicación al antecedente español que se hace en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 5 de junio de 1986, caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 27, 1986, pp. 106 y ss. La redacción de la norma española, incluso, influyó en la redacción del artículo 1o. del proyecto de la ley de jurisdicción contencioso administrativa propuesto en la década de los ochenta por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, en el cual se disponía: “La presente ley regula la jurisdicción contenciosa prevista en el artículo 206 de la Constitución como la encargada de conocer las pretensiones relativas a la legalidad de los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo, así como las pretensiones que se deduzcan contra su actividad legal”, *cfr.* en *Fortalecimiento del Estado de derecho*, Caracas, Comisión para la Reforma del Estado, 1990, vol. 5, p. 331.

¹²⁷ *Cfr.* por ejemplo, lo resuelto en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de diciembre de 1993, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 55 y 56, 1993, p. 206.

recho público y del derecho privado a las administraciones públicas es normal en el régimen de éstas, con preponderancia de uno u otro, pero lo que no puede darse es un acto administrativo o una administración pública que sólo se rijan por el derecho privado.

En una vieja sentencia de 1959, la antigua Corte Federal había precisado que

en toda pretensión que se proponga ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo, debe examinarse previamente si cae dentro de la esfera de esta jurisdicción por estar fundada en preceptos de derecho administrativo; porque ni una pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada ante la jurisdicción contencioso administrativa.¹²⁸

Conforme a este criterio, la antigua Corte Suprema de Justicia, como órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, declaró su incompetencia para conocer de un asunto que en definitiva se concretaba a definir la propiedad de unas tierras que habían sido objeto de una decisión municipal,¹²⁹ pero nunca dejó de conocer de la impugnación de un acto administrativo, por considerar que no estaba sujeto al derecho administrativo.

Pero posteriormente, en una sentencia del 5 de junio de 1986, y tratándose de la impugnación de una resolución del Ministerio de Educación que había ordenado descontar un día de salario a los obreros al servicio de su despacho, que evidentemente era un acto administrativo (artículo 16, LOPA), la antigua Corte concluyó señalando que se encontraban fuera de su ámbito de control “los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.)”, siendo de su competencia, en cambio, “el conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de derecho Administrativo”.¹³⁰

¹²⁸ Sentencia del 3 de diciembre de 1959, *Gaceta Oficial*, Caracas, núm. 26, 1959, p. 142.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, del 21 de marzo de 1965, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, cit., p. 459.

¹³⁰ Caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 27, 1986, pp. 106-114.

El tema, por supuesto, es de primera importancia, pues se trata de establecer cuándo hay una relación de derecho administrativo y cuándo no la hay. La Corte Suprema ha razonado en torno a ello, así:

Para que una relación de derecho administrativo aparezca, es necesario, por una parte que el Estado intervenga en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica una norma obligatoria... Es decir, que el propio Estado acuda, a su poder de coacción, montando además un aparato administrativo encargado de la puesta en marcha, aplicación y ejecución de esa normativa jurídico pública.¹³¹

Por tanto, de acuerdo con ello, el acto administrativo de un ministro que ordenó descontar un día de salario a todos los obreros al servicio del ministerio por haber realizado una huelga, pues conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no podía ordenar el pago de dicho salario por no tener el gasto la necesaria justificación, era sin duda un acto administrativo sometido al derecho administrativo. Sin embargo, la Corte no lo interpretó así, y lo consideró como sometido al derecho del trabajo, excluyéndolo del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.¹³² En cambio, en sentencia del 30 de marzo de 1987, la misma Corte Suprema, ante la impugnación de un acto administrativo del Ministerio del Trabajo convocando a una convención obrero-patronal para un tipo de actividad empresarial para negociar y concluir un contrato colectivo para esa rama empresarial, lo consideró, sin embargo, como “de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral”, y por tanto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.¹³³

Precisamente, a esta variabilidad de decisiones es a lo que conduce, en un mundo de interaplicación del derecho público y del derecho privado a los órganos de las administraciones públicas, la adopción de un criterio tan impreciso para definir la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, que de ser sólo respecto de los actos de la administración sujetos al derecho administrativo ha pasado a ser de ac-

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.*

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 30 de marzo de 1987, caso ANSA, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 33, 1988, pp. 124 y 125.

tos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. Ello ha provocado, con criterios variables, un amplio aliviadero en la presa, que necesariamente debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, y que puede permitir el indebido escurrimiento de asuntos que deben ser juzgados por la misma.

En todo caso, lo que constitucionalmente es claro es que todo acto administrativo está sujeto a control contencioso administrativo por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que cualquier exclusión de un acto administrativo de control judicial de su conformidad con el derecho, es inconstitucional.

Por supuesto, además de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria (Tribunal Supremo de Justicia, cortes de lo contencioso administrativo y tribunales superiores de lo contencioso administrativo) hay otros tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa especial que conocen de la nulidad de actos administrativos, por lo que puede hablarse del contencioso tributario¹³⁴ y del contencioso agrario.¹³⁵

En materia laboral, hasta el año 2000, además, también podría hablarse de un contencioso administrativo especial laboral, en los casos en los cuales los tribunales del trabajo debían conocer de la impugnación de actos administrativos.¹³⁶ En efecto, de acuerdo con los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, y queda excluido de la jurisdicción laboral el conocimiento de los recursos que se ejercieran contra decisiones del ministro del Trabajo en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales, o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones de convenciones colectivas. En cambio, como lo había dicho la antigua Corte Suprema de Justicia, correspondía a la jurisdicción laboral que se regula en los artículos 50. y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo “conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra las decisiones de las autoridades del trabajo dictadas en

¹³⁴ Código Orgánico Tributario, Ley 42, *Gaceta Oficial*, núm. 37.305, del 17 de octubre de 2001.

¹³⁵ *Cfr.* por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 30 de septiembre de 1982, 11 de agosto de 1983, y 19 de julio de 1994, citadas en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 50, 1992, p. 192.

¹³⁶ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 9 de abril de 1992, caso Bamundi, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 50, 1992, p. 192.

aplicación de las normas de dicha Ley que regulan su ‘parte administrativa’ a que se refiere su artículo 586”, como las dictadas en los procedimientos de calificación de despido o de solicitudes de reenganche, por motivo de las inamovibilidades que la misma ley contempla (artículo 456).¹³⁷

Esta interpretación ha cambiado radicalmente a favor de la jurisdicción contencioso administrativa por la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo establecida en sentencia 1318, del 2 de agosto de 2002, mediante la cual estableció que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los recursos de nulidad ejercidos contra las decisiones provenientes de los órganos de la administración del trabajo. A cuyo efecto, en sentencia posterior del 20 de noviembre de 2002 (caso Ricardo Baroni Uzcátegui), la misma Sala precisó la distribución de competencias entre los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los inspectores del trabajo, concluyendo en lo siguiente:

La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las inspectorías del trabajo, así como de cualquier otra pretensión —distinta de la pretensión de amparo constitucional— que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso administrativa.¹³⁸

De cualquier manera, frente a los intentos de huida del derecho administrativo que se han analizado, y que por sobre todo pueden implicar que determinados actos o relaciones jurídicas escapen del sistema de garantías jurídicas que los administrados tienen frente al poder, el muro de contención está en la jurisdicción contencioso administrativa. Ésta es competente, conforme al artículo 259 C, para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desvia-

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 190 y 191.

¹³⁸ *Cfr.* las referencias a estas sentencias, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 13 de marzo de 2003, caso Puerto Viejo Marina A. C., vs. Inspectoría del Trabajo del Estado Vargas, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 93-96, 2003, pp. 397 y ss. *Cfr.* Baroni Uzcátegui, Ricardo, “¿Quién conoce los recursos de nulidad contra actos administrativos emanados de las inspectorías del trabajo sobre derechos individuales de los trabajadores?”, *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a González Pérez Luciani*, vol. I, pp. 233-253.

ción de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

El ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, gira en torno a la interpretación que los órganos de la misma han dado y den a las expresiones *acto administrativo*, *administración*, *servicio público* y *actividad administrativa*, las cuales, como se ha visto, son conceptos claves del derecho administrativo. Por ello, en definitiva, no sólo la construcción de nuestra disciplina, sino también la detención del proceso de huida del derecho administrativo, han correspondido en Venezuela, fundamentalmente, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, tareas en las cuales han realizado una encomiable labor, aun cuando en algunos aspectos no exenta de críticas.

ción de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

El ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, gira en torno a la interpretación que los órganos de la misma han dado y den a las expresiones *acto administrativo*, *administración*, *servicio público* y *actividad administrativa*, las cuales, como se ha visto, son conceptos claves del derecho administrativo. Por ello, en definitiva, no sólo la construcción de nuestra disciplina, sino también la detención del proceso de huida del derecho administrativo, han correspondido en Venezuela, fundamentalmente, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, tareas en las cuales han realizado una encomiable labor, aun cuando en algunos aspectos no exenta de críticas.