

La exorbitancia del Derecho Administrativo venezolano y la necesaria vuelta al Derecho Civil: a propósito de los mecanismos de mercado

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

En recuerdo a la profesora
María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN

SUMARIO: Introducción 1. Sobre la tesis del Derecho Administrativo venezolano como un Derecho exorbitante del Derecho Civil 1.1. *Los orígenes del carácter exorbitante del Derecho Administrativo desde el método comparado. La peculiar recepción de ese carácter exorbitante en Venezuela* 1.2. *La incongruente recepción del carácter exorbitante del Derecho Administrativo. Su posterior matización y la resistencia de la doctrina y jurisprudencia* **2. El servicio público, el Derecho Administrativo exorbitante y la destrucción de los mecanismos de mercado en Venezuela** 2.1. *Los mecanismos de mercado, el concepto de servicio público y el carácter exorbitante del Derecho Administrativo* 2.2. *El régimen exorbitante del Derecho Administrativo y la destrucción de los mecanismos de mercado* 2.3. *Hacia una nueva relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil* **Conclusiones**

* **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional. **Universidad Castilla-La Mancha** (Castilla-La Mancha-España), Profesor invitado. Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School.

INTRODUCCIÓN

Cuando comenzamos la redacción de la tesis doctoral que defendimos en la Universidad Complutense de Madrid en 2002, conversamos mucho con quien fuera el director de la tesis, el recordado profesor Dr. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, sobre la necesidad de abandonar la rígida distinción entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil. El profesor MARTÍN-RETORTILLO ya había trabajado este tema en su extraordinario libro, que sirvió de referencia para abordar el estudio de la libertad de empresa –tema de la tesis doctoral– desde la triple perspectiva del Derecho Constitucional, Administrativo y privado¹.

Esta idea la retomamos en diversos estudios, en los que cuestionamos la rígida separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, por ejemplo, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Asimismo, este tema lo hemos empleado para criticar la tesis del contrato administrativo, que, además, no responde a la tradición histórica de nuestro Derecho Administrativo, formado desde la figura del contrato público regido por el Derecho Civil y Administrativo². Desde el Derecho Mercantil, también hemos estudiado este punto, para cuestionar el rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo³.

¹ Véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Civitas. Madrid, 1996, pp. 69 y ss.

² Véase nuestra posición en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

³ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 75. UCAB. Caracas, 2022, pp. 14 y ss.

Cuando la profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN escribió su libro sobre las bases constitucionales del Derecho Civil, intercambiamos algunas impresiones con ella, ante la novedad del tema, especialmente, abordado desde la perspectiva del Derecho Civil⁴. Pues, para ser sinceros, ese tema abordado desde la tradicional perspectiva del Derecho público, probablemente, hubiese sido planteado para subordinar el Derecho Civil al Derecho público.

En este merecido homenaje a la memoria de la profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, hemos decidido retomar este tema, ahora, para criticar la idea según la cual el Derecho Administrativo venezolano es un Derecho exorbitante del Derecho Civil, tomando como ejemplo las consecuencias que tal visión ha tenido en los mecanismos de mercado. Para este fin, el presente artículo se divide en dos partes.

La primera parte analiza los orígenes de la tesis del Derecho Administrativo venezolano como un Derecho exorbitante, para recordar cómo esa tesis no responde a nuestra tradición histórica, sino a la importación –irreflexiva– de ciertas figuras del Derecho Administrativo francés. Asimismo, desde el artículo 141 constitucional, cuestionamos, por inadecuado e innecesario, el concepto del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante.

La segunda parte demuestra los riesgos del carácter exorbitante del Derecho Administrativo a la luz de la destrucción de los mecanismos de mercado que comenzó en Venezuela en 2003, y que encontró en el servicio público un punto de apoyo. Esta experiencia permite proponer una nueva relación entre el Derecho

⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018.

Administrativo y el Derecho Civil, basada en la complementariedad subsidiaria.

I. SOBRE LA TESIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO COMO UN DERECHO EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL

El Derecho Administrativo venezolano ha sido definido como un Derecho exorbitante del Derecho común⁵. Esta idea –que, en realidad, es tomada del Derecho Administrativo francés– considera que el Derecho Civil es incompatible con la actividad administrativa ejercida a través de potestades administrativas⁶. El Derecho Civil solo aplica a la –así llamada– actividad administrativa de Derecho privado, aquella en la cual la Administración Pública «actúa como un particular». El mejor ejemplo de esta distinción es la dualidad de la actividad administrativa contractual, según se trate del contrato administrativo –sometido a Derecho Administrativo– o el contrato de la Administración –sometido al Derecho privado–. En nuestra opinión, la definición del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante no se ajusta a la evolución histórica del Derecho Administrativo venezolano, ni a sus bases constitucionales⁷.

⁵ Por ejemplo, ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2013, pp. 7 y ss.

⁶ MOLES CAUBET, ANTONIO: *Lecciones de Derecho administrativo (parte general)*. Editorial Mohingo. Caracas, s/f, pp. 69 y ss.

⁷ Esta crítica la hemos realizado antes, al cuestionar la figura del contrato administrativo. *Vid.* HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10. Caracas, 2018, pp. 189 y ss.

1.1. Los orígenes del carácter exorbitante del Derecho Administrativo desde el método comparado. La peculiar recepción de ese carácter exorbitante en Venezuela

En el análisis comparado del Derecho Administrativo⁸, el atributo de la exorbitancia del Derecho Administrativo es el rasgo distintivo del modelo de Derecho Administrativo en Francia. El origen histórico de esa exorbitancia, como es sabido, responde a la llamada disidencia revolucionaria, o sea, la decisión política de excluir a la Administración Pública del control del Poder Judicial y, por ende, del Derecho que le es propio, el Derecho Civil⁹. CASSESE identificó como la «partida de nacimiento» de ese modelo la decisión Blanco, que marcó la dualidad de regímenes jurídicos y de jurisdicciones a las que se somete la Administración Pública¹⁰. Tal dualidad de jurisdicción –considerada como una cuestión desesperante¹¹– forzó al Consejo de Estado a crear un Derecho especial, distinto al Derecho Civil¹². Desde esta perspectiva histórica, el Derecho Administrativo es exorbitante pues las reglas del Derecho Civil resultan inaplicables, al punto de que la Administración Pública puede llevar a cabo actividades que, en el ámbito del Derecho Civil, serían reputadas como ilegales. Por ello, al actuar bajo esas reglas exorbitantes, la Administración no solo se sustrae del Derecho Civil, sino de la jurisdicción del

⁸ D'ALBERTI, Marco: *Diritto amministrativo comparato*. Il Mulino. Boloña, 2019, pp. 22 y ss. Puede verse también a NAPOLITANO, Giulio: «*I grandi sistemi del diritto amministrativo*». En: *Corso di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Comparato*. Giuffrè Editore. Milán, 2007, pp. 1 y ss.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Revolución francesa y administración contemporánea*. Civitas. Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

¹⁰ CASSESE, Sabino: *Las bases del Derecho Administrativo*. INAP. Madrid, 1994, pp. y 40.

¹¹ DELVOLVÈ, Pierre: *Le droit administratif*. Dalloz. París, 2006, p. 82.

¹² WEIL, Prosper y POUYAUD, Dominique: *Le droit administratif*. Presses Universitaires de France. París, 2017, pp. 41 y ss.

Poder Judicial, para quedar sometida al Derecho Administrativo y a la jurisdicción del Consejo de Estado¹³.

El carácter exorbitante del Derecho Administrativo va de la mano de su autonomía, en el sentido de que el ordenamiento jurídico-administrativo se integra al margen del Derecho Civil, al punto de que cuenta con sus propios principios generales. En realidad, sin embargo, la doctrina francesa observó que esta autonomía era más bien metodológica, pues lo cierto es que, en la formulación de las reglas y principios de ese régimen exorbitante, ha tenido influencia las instituciones generales del Derecho Civil¹⁴ o, como se les denomina en Alemania, «los supraconceptos del Derecho»¹⁵.

A pesar de que el carácter exorbitante del Derecho Administrativo surge como resultado de particularidades históricas de Francia, lo cierto es que este modelo fue extendido a otros países, en especial, a América Latina. La expansión del régimen administrativo francés en América Latina, de acuerdo con MAIREL, se hizo de manera irreflexiva, tomando más en cuenta la doctrina y jurisprudencia que el método comparado entre los ordenamientos positivos. De allí la singularidad de haberse traspuesto el régimen exorbitante basado en la dualidad de jurisdicciones a ordenamientos jurídicos en los cuales la Administración, como regla, solo se somete a una jurisdicción —la del Poder Judicial—¹⁶.

¹³ BELL, John y LICHÈRE, François: *Contemporary French Administrative Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2022, pp. 1 y ss.

¹⁴ EISENMANN, Charles: «*Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif*». En: *Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*. T. IV. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969, pp. 419 y ss.

¹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: ob. cit. (*El Derecho Civil...*), pp. 54 y ss.

¹⁶ MAIREL, Héctor: «*The need for a comparative Administrative Law studies in Latin America*». En: *Comparative Law Review*. N.º 6-1. 2015, pp. 1 y ss.

En los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano –que hemos situado en el primer tercio del siglo xx– no hay antecedentes de recepción de este concepto exorbitante¹⁷. En efecto, el proceso de centralización del Estado iniciado a partir de 1899 se tradujo en diversas leyes administrativas que, por vez primera, regularon las relaciones entre los ciudadanos y el Estado administrativo. Esas leyes dieron origen a la primera doctrina del Derecho Administrativo venezolano, que era una doctrina exegética. Por ello, la relación entre las leyes administrativas y el Derecho Civil se basaba en la relación entre leyes generales (Código Civil) y leyes especiales (leyes administrativas). Así, es importante recordar que el proceso de codificación en Venezuela –que se alcanza durante el Gobierno de GUZMÁN BLANCO– tuvo como propósito promover la racionalización del Derecho venezolano¹⁸. Por ello, las leyes administrativas surgidas en el primer tercio del siglo xx no se formularon en oposición al Derecho Civil, sino más como parte del esfuerzo racionalizador promovido a través de la Ley.

La tesis de la exorbitancia del Derecho Administrativo no fue recibida por la legislación, doctrina y jurisprudencia en el primer tercio del siglo xx. El mejor ejemplo de ello es la concesión pública, técnica especialmente empleada para el aprovechamiento de los yacimientos de minas e hidrocarburos. Tal concesión fue

¹⁷ Seguimos en esta sección lo que hemos expuesto en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Perspectiva histórica de los textos fundamentales del Derecho Administrativo en el centenario de la cátedra». En: *Textos fundamentales del Derecho Administrativo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, pp. xi y ss., así como: «Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela». En: *Ensayos de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016, pp. 117 y ss.

¹⁸ Véase lo que exponemos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Bases para el estudio de la codificación durante el guzmancismo». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 161-162. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020, pp. 135 y ss.

concebida como un acto mixto, regulado por el Derecho Civil, salvo las reglas especiales derivadas de las leyes administrativas. Esas reglas, sin embargo, no eran exorbitantes, al punto de que la jurisprudencia negó la competencia de la Administración Pública para terminar unilateralmente la concesión¹⁹.

De esa manera, en sus orígenes históricos, la relación entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo venezolano no se basaba en la exorbitancia del primero, sino en la existencia de leyes especiales que complementaban al Código Civil. Este carácter exorbitante, en realidad, nace con la célebre sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso Astilleros La Guaira. Tal sentencia es conocida, pues ella es considerada como el primer fallo que incorpora a Venezuela el concepto de contrato administrativo²⁰. Creemos, sin embargo, que la verdadera importancia de esa sentencia es que ella organiza al Derecho Administrativo bajo el régimen francés.

En efecto, a partir de esa sentencia, el Derecho Administrativo pasó a ser algo más que las leyes administrativas que organizan a la Administración. En realidad, el Derecho Administrativo comenzó a valorarse como el régimen exorbitante del Derecho común. Tal exorbitancia quedaba plasmada en diversos «privilegios y prerrogativas» de la Administración que la sustraían del Derecho Civil a partir del concepto de servicio público. Lo peculiar es que la sentencia de 5

¹⁹ Véase nuestra explicación, mucho más detallada, en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 147. Caracas, 2009, pp. 40 y ss.

²⁰ Sobre la importancia histórica de esta sentencia, que, sin embargo, solo sería analizada tiempo después, *vid.* PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: «Los contratos administrativos en Venezuela». En: *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*. Fundación Bancaribe. Caracas, 2013, pp. 611 y ss.

de diciembre de 1944 reconoció que esa exorbitante no derivaba del Derecho venezolano, sino de la teoría del Derecho Administrativo francés que, sin más, fue implantada a Venezuela. Como vimos, la implantación del régimen francés de manera irreflexiva –esto es, al margen de la especificidad del ordenamiento positivo– ha sido característico en América Latina, de lo cual han resultado varias tensiones por el contraste entre ese régimen administrativo exorbitante y el diseño constitucional inspirado en Estados Unidos.

En cualquier caso, y parafraseando a CASSESE, podría decirse que la sentencia de 5 de diciembre de 1944 es el acta de nacimiento del carácter exorbitante del Derecho Administrativo venezolano, que insistimos, fue asumido con posterioridad a su surgimiento histórico: en Venezuela primero surgió el Derecho Administrativo, y luego surgió su carácter exorbitante. Carácter exorbitante que fue, en realidad, resultado de la jurisprudencia que, de manera gradual, comenzó a interpretar las leyes administrativas venezolanas a la luz de la teoría general del Derecho Administrativo francés, tal y como demostró BREWER-CARIÁS en su tesis doctoral publicada en 1964²¹. A partir de entonces, doctrina y jurisprudencia estudiaron al Derecho Administrativo venezolano como un Derecho exorbitante del Derecho común, o sea, del Derecho Civil. La mejor expresión de esta construcción teórica es la dualidad de contratos que puede celebrar la Administración Pública, según atienda al servicio público (contrato administrativo) o actúe como un particular (contrato de la Administración)²².

²¹ BREWER-CARIÁS, Allan R.: *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*. UCV. Caracas, 1964. Véase el libro homenaje organizado en torno a la anterior obra: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G, coord. Caracas, 2015.

²² En general, *vid.* ARAUJO-JUÁREZ, José: *Acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 255 y ss.

1.2. *La incongruente recepción del carácter exorbitante del Derecho Administrativo. Su posterior matización y la resistencia de la doctrina y jurisprudencia*

Al igual que lo sucedido en América Latina, la recepción del carácter exorbitante del Derecho Administrativo venezolano resultó incongruente con el ordenamiento positivo, pues en Venezuela la Administración Pública no se somete a una dualidad de jurisdicciones: la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela ha sido una jurisdicción judicial, residenciada en la Sala Político-Administrativa y demás tribunales con competencia en Derecho Administrativo. A pesar de faltar el elemento que en Francia resulta fundamental –la dualidad de jurisdicciones–, el Derecho Administrativo venezolano ha sido construido por doctrina y jurisprudencia como un Derecho exorbitante, opuesto al Derecho Civil, salvo cuando la Administración Pública actúe como un particular. Pero, en realidad, insistimos, desde el punto de vista jurisdiccional, la distinción carece de utilidad práctica: sea que la Administración actúe como *potentior personae* o como «un particular», las pretensiones deducidas con ocasión a la actividad o inactividad de la Administración Pública siempre serán conocidas por el Poder Judicial. Sin dualidad de jurisdicción, es irracional mantener una –artificial– dualidad de regímenes jurídicos.

Es por ello que BREWER-CARIÁS aclaró que la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil no es de oposición sino de interaplicación²³. Así, no existe una actividad administrativa sujeta a Derecho Administrativo en oposición a la actividad administrativa sujeta a Derecho Civil, pues, en la práctica, ambos Derechos resultan aplicables, en mayor o menor medida. Así, los

²³ BREWER-CARIÁS, Allan R.: «La actividad administrativa y su régimen jurídico». En: *Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2005, pp. 10 y ss.

llamados «contratos de la Administración» también se someten a Derecho Administrativo, por ejemplo, en lo que corresponde al procedimiento de selección de contratistas.

Partiendo de la observación de BREWER-CARÍAS, y sobre la base del artículo 141 de la Constitución de 1999, hemos cuestionado el carácter exorbitante del Derecho Administrativo venezolano²⁴. Así, la Constitución dispone que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sin alusión alguna a un régimen exorbitante o a la inaplicación del Derecho Civil. Y aun cuando resulte obvio recordarlo, el Código Civil forma parte de la «Ley y al Derecho» al cual la Administración Pública se somete. Además, desde la perspectiva del artículo 141 constitucional, no puede sostenerse que la Administración Pública pueda actuar como un particular: constitucionalmente, la Administración Pública siempre actúa para servir a las personas, o sea, para servir al bien común. La Administración Pública no puede actuar para perseguir el bien privado, como sí lo puede hacer un particular. De allí el error de aludir a la actividad en la cual la Administración Pública «actúa como un particular».

Tras la confusa expresión de la Administración que «actúa como un particular», suele aludirse a los supuestos de aplicación del Código Civil a la Administración Pública. Sin embargo, bajo el artículo 141 constitucional, cuando la Administración se sujeta al Código Civil –y al Derecho privado en general– lo hace no actuando como un particular, sino para servir al bien común. Por ello, la tesis de la exorbitancia del Derecho Administrativo parte también de una errada valoración del Derecho Civil, al entender que este es solo relevante para el ámbito de privado. Como la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN demostró²⁵, la

²⁴ HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 157 y ss.

²⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Derecho civil constitucional...*), pp. 163 y ss.

interconexión entre el Derecho público y el Derecho privado permite comprender no solo que el Derecho Civil aplica al Derecho Administrativo (en lo que nosotros hemos aludido como el Derecho Administrativo privado), sino que también el Derecho Constitucional es la primera fuente del Derecho Civil.

Además, la tesis de la exorbitancia del Derecho Administrativo ignora que, desde el método comparado, las instituciones de Derecho Civil han sido determinantes en la formación de instituciones de Derecho Administrativo. Tal es el caso, en especial, del *ius commune* Europeo formado a partir del siglo XII, que amalgamó el Derecho romano con el Derecho canónico y el Derecho natural²⁶. De allí que en las instituciones del Derecho Administrativo derivadas de ese *ius commune* encontramos instituciones del *ius civilis*, que no debe ser entendido como el Derecho Civil en oposición al Derecho Administrativo, sino como el Derecho de la ciudad²⁷. En nuestra opinión, es por ello que, durante el primer tercio del siglo XX, no se concibió al Derecho Administrativo venezolano como un Derecho opuesto al Derecho Civil, sino complementario a este.

La tesis del contrato administrativo, como hemos explicamos, es la mejor ilustración del carácter exorbitante del Derecho

²⁶ Véase por ejemplo a COING, Helmut: «La contribución de las naciones europeas al Derecho común». En: *España y Europa, un pasado jurídico común*. Instituto de Derecho Común. A. PÉREZ MARTÍN, ed. Murcia, 1985, pp. 45 y ss. Por ello, desde el *ius commune*, se matiza la tradicional diferencia entre el Derecho latino y el Derecho anglosajón. Vid.: COMBALÍA, Zoila: «La influencia del *ius commune* en la formación del Derecho anglosajón». En: *El ius commune y la formación de las instituciones del Derecho público*. Tirant Lo Blanch. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, coord. Valencia, 2021, pp. 68 y ss.

²⁷ Recientemente, vid. VERMEULE, Adrian: *Common good constitutionalism*. Polity. Medford, 2022, pp. 52 y ss.

Administrativo venezolano, y de la ausencia de racionalidad de tal carácter. Ya señalamos que la tesis del contrato administrativo fue recibida en Venezuela sin apoyo en el Derecho positivo, sino como consecuencia de la trasposición irreflexiva del Derecho Administrativo francés. Es el caso que, en las reformas introducidas con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas, la categoría legal del contrato administrativo desapareció, y fue sustituida por el contrato público. Así, todo contrato suscrito por la Administración Pública —al margen de que su objeto o causa sea el servicio público— se somete a un régimen común de Derecho Administrativo, sin perjuicio de aplicación del Derecho Civil. Además, cualquier pretensión que se deduzca con ocasión al cumplimiento o incumplimiento del contrato siempre será conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Con lo cual, insistir en la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración carece de cualquier racionalidad desde la perspectiva del Derecho positivo venezolano: toda la actividad contractual de la Administración se orienta al bien común, y se somete a la Ley y al Derecho. No existe tal cosa como contratos suscritos por Administración Pública actuando como un particular y sometidos solo al Derecho Civil.

No se trata solo de una distinción académica. Es también un aspecto de relevancia práctica. Así, la teoría del Derecho Administrativo como un «Derecho exorbitante» se basa en imprecisos conceptos que justifican poderes administrativos no sometidos al principio de legalidad, que es lo que sucede con la idea según la cual las cláusulas exorbitantes son inherentes o implícitas al contrato administrativo²⁸. Por ello, como BREWER-CARÍAS ha

²⁸ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 176. CEPC. Madrid, 2008, pp. 363 y ss.

observado, el concepto de contrato administrativo, en el único caso en que ha sido reconocido por la legislación en fecha reciente, ha facilitado abusos de poder que han derivado en la destrucción de derechos económicos y en reclamaciones por decenas de miles de millones de dólares²⁹.

2. EL SERVICIO PÚBLICO, EL DERECHO ADMINISTRATIVO EXORBITANTE Y LA DESTRUCCIÓN DE LOS MECANISMOS DE MERCADO EN VENEZUELA

El estudio del Derecho Económico en Venezuela ha estado influenciado por la *vis expansiva* del Derecho Administrativo exorbitante, como manifestación de la impronta de las instituciones políticas del Petro-Estado. Así, como a resultas de la nacionalización petrolera el Estado es el propietario y gestor de la riqueza petrolera, él tiene una clara posición de dominancia en la economía. Tal posición ha sido incrementada por el reconocimiento del carácter exorbitante del Derecho Administrativo y la derogatoria del Derecho Civil. De ello ha resultado el rapto del Derecho Mercantil venezolano por el Derecho Administrativo³⁰.

Ese rapto adquirió rasgos predatorios a partir de 2003, con la imposición de controles centralizados en la economía que destruyeron los mecanismos de mercado y, por ello, contribuyeron a la emergencia humanitaria compleja en Venezuela. Aun cuando lo cierto es que la destrucción de esos mecanismos fue inconstitucional e ilegal, la teoría exorbitante del Derecho Administrativo

²⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2021, pp. 76 y ss.

³⁰ Como explicamos en: ob. cit. («El rapto del Derecho Mercantil...»), pp. 15 y ss.

venezolano, y el concepto de servicio público, fueron empleados como parte de la narrativa para avanzar en estas políticas predatorias.

2.1. Los mecanismos de mercado, el concepto de servicio público y el carácter exorbitante del Derecho Administrativo

Los mecanismos de mercado son las reglas —o, como se les denomina en la economía, «las instituciones»— que definen derechos económicos para disminuir costos de transacción e incrementar la eficiencia en intercambio de bienes y servicios³¹. Por ello, el Derecho Civil —y en general, el Derecho privado— cumple un fin económico importante: facilitar el intercambio de bienes y servicios, atendiendo a fallas de información y otros costos de transacción³². Esto es lo que la doctrina denomina «regulación

³¹ Lo que sigue se basa en el estudio de principios básicos de microeconomía aplicados al Derecho. Desde la economía, hemos tomado en cuenta lo expuesto en: BECKER, Garry: «*Irrational Behavior and Economic Theory*». En: *Journal of Political Economy*. N.º 70-1. 1962, pp. 1 y ss.; MANKIW, N. Gregory: *Principles of Economics*. South-Western Cengage Learning. Mason, 2009, pp. 11 y ss.; MAS-COLELL, Andreu *et al.*: *Microeconomic Theory*. Oxford University Press. Nueva York, 1995, pp. 5 y ss.; ROSEN, Harvey S. y GAYER, Ted: *Public Finance*, McGraw-Hill. Nueva York, 2014, pp. 4 y ss.; STEINEMANN, Anne C. *et al.*: *Microeconomics for Public Decisions*. Thomson-South-Western. Mason, 2005, pp. 60 y ss.; STIGLITZ, Joseph E., y ROSENGARD, Jay K.: *Economics of the Public Sector*. W. W. Norton & Company. Nueva York, 2015, pp. 56 y ss.; SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William: *Economía con aplicación a Latinoamérica*. McGraw Hill. México D. F., 2016, pp. 26 y ss. Asimismo, desde la perspectiva jurídica, *vid.* COOTER, Robert y ULEN, Thomas: *Law and Economics*. Addison-Wesley. Boston, 2006, pp. 11 y ss.; POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business. Nueva York, 2014, pp. 24 y ss.

³² NORTH, Douglas: *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press. Cambridge, 1999, pp. 3 y ss. Véase también a KASPER, Wolfgang y STREIT, Manfred: *Institucional Economics. Social order and public policy*. Edward Elgar. Northampton, 1998, pp. 3-28.

civil», que resulta esencial al funcionamiento de la economía de mercado³³. De allí que la economía de mercado no se opone al Estado, en tanto este cumple un rol básico al proveer el marco institucional llamado a reducir los costos de transacción. Asimismo, corresponde al Estado, en ejercicio del monopolio legítimo de la violencia, incrementar la confianza de los operadores económicos mediante instituciones que aseguren el cumplimiento de los contratos y, en general, el cumplimiento de los derechos económicos, incluso, a través de mecanismos de solución de controversias en los cuales el Estado puede ejercer la coacción para hacer cumplir los contratos y demás derechos económicos a través del Poder Judicial³⁴.

Un componente fundamental de esta regulación civil es la teoría general de las obligaciones, tema ampliamente estudiado por la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN³⁵. El Código Civil –y supletoriamente el Código de Comercio– definen al contrato, y, por ende, a los derechos económicos que derivan de este. El Derecho privado de las obligaciones y de los contratos facilita el intercambio de bienes y servicios, en especial, si logra suplir las lagunas que derivan de los contratos autónomamente

³³ OGUS, Anthony: *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Hart Publishing. Londres, 1994, pp. 15 y ss.

³⁴ Partiendo de esta observación, se ha concluido que el Estado de Derecho es una condición necesaria para el funcionamiento de la economía de mercado, en tanto el libre intercambio de bienes y servicios requiere de instituciones que definan con claridad derechos económicos y establezcan mecanismos para resolver las controversias. Ciertamente, un sector de la doctrina económica denomina a esas reglas «instituciones económicas inclusivas», las cuales requieren de mecanismos que aseguren el control del Gobierno y su ejercicio democrático, en lo que se conoce como «instituciones políticas inclusivas». ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James. *Why Nations Fail*. Crown Business. New York, 2012, pp. 70 y ss.

³⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, *in totum*.

suscritos entre las partes, autonomía que es, en todo caso, imperfecta, lo que da lugar a contratos imperfectos o incompletos. Así, fallas de información impiden a las partes del contrato regular, exhaustivamente, todos los aspectos de sus relaciones contractuales³⁶. Para suplir estas lagunas, la codificación de Derecho privado despliega reglas supletorias que, en suma, se orientan a complementar la autonomía de la voluntad de las partes.

Es por lo anterior que la libertad de empresa –reconocida en el artículo 112 constitucional– es la primera institución del Derecho Económico, cuya realización queda sometida al Derecho privado, o sea, a los mecanismos de mercado que, mediante reglas, definen derechos económicos y establecen fórmulas de solución de controversias para garantizar el cumplimiento de los contratos³⁷. Ciertamente, existen fallas de mercado que justifican la intervención del Estado, no a través de la regulación civil, sino de la regulación económica. Estos fallos de mercado pueden responder a asimetrías de información, problemas de coordinación, o externalidades, por ejemplo. La regulación económica se expresa por medio de otro tipo de instituciones, en las cuales el Estado –por medio de sus Administraciones Públicas– actúa bajo poderes de imperio. Este es, en apretada síntesis, el rol del Derecho Administrativo o, más precisamente, el rol del Derecho Administrativo Económico en la economía de mercado³⁸.

³⁶ COLLINS, Hugh: *Regulating contracts*. Oxford University Press. Oxford, 2002, pp. 3 y ss.; HART, Oliver: *Firms, Contract and Financial Structure*. Clarendon Press. Oxford, 1995, pp. 23 y ss.

³⁷ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNED-IESA. Caracas, 2004, pp. 34 y ss. Véase lo que exponemos en: «Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada». En: *Bicentenario del Código de Comercio Francés*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

³⁸ DE LA CRUZ FERRER, Juan: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2002, pp. 136 y ss.

Ahora bien, la economía de mercado determina el carácter supletorio del Derecho Administrativo, de acuerdo con el principio de subsidiariedad: las instituciones de Derecho Administrativo solo pueden desplegarse en la medida en que existan fallos de mercado que afecten la eficacia de la regulación civil. Bajo el principio de menor intervención, por ende, el Derecho Administrativo debe ser supletorio al Derecho privado.

Pero, en Venezuela, la relación entre el Derecho privado y el Derecho Administrativo ha sido justo la inversa: la economía ha estado marcada por la primacía del Derecho Administrativo y el carácter supletorio del Derecho privado. Esta concepción se consolidó como resultado de la nacionalización petrolera, pues ese proceso creó instituciones políticas del Petro-Estado, que como hemos explicado, son incompatibles con el Estado de Derecho³⁹. Así, la nacionalización creó incentivos para concentrar funciones en el Poder Ejecutivo nacional, en especial, en cuanto a su rol protagónico en la economía, al punto de que la jurisprudencia, en la práctica, negó que la libertad de empresa fuese un auténtico derecho subjetivo, al considerar que la dimensión del sector económico privado podía ser discrecionalmente aumentada o disminuida por el Estado⁴⁰. La exteriorización de estas instituciones en el Derecho Económico fue el «régimen de excepción» que, durante buena parte de la vigencia de la Constitución de 1961, desaplicó el principio de legalidad en la intervención administrativa económica. El resultado práctico de lo anterior es que la ordenación jurídica

³⁹ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

⁴⁰ Tal y como la Sala Político-Administrativa concluyó en sentencia de 5 de octubre de 1970, caso CANTV: «las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado, o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones...».

del intercambio de bienes y servicios se trasladó, preponderantemente, del Derecho privado al Derecho Administrativo.

Al amparo del Petro-Estado, la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho privado se invirtió: el Derecho privado –o sea, el Derecho Civil y Mercantil– pasó a aplicarse supletoriamente, en los espacios que el «régimen de excepción» toleró. El resultado de lo anterior fue la formación de un Derecho Administrativo Económico centrado en la concepción estatista del desarrollo, que marginó notablemente las garantías jurídicas de la libertad de empresa. Una institución clave en este sentido fue el servicio público.

Así, el servicio público –concepto nuclear del Derecho Administrativo francés– fue incorporado al Derecho Administrativo venezolano como primera manifestación de su carácter exorbitante⁴¹. A estos fines, el servicio público es definido como toda

⁴¹ La imprecisión terminológica del servicio público impide formular apreciaciones generales sobre un concepto común en Venezuela. Sin embargo, hacia fines del siglo pasado la doctrina venezolana había coincidido en una idea de servicio público definida como la actividad administrativa –o sea, una actividad estatal o privativa del Estado– que siempre implica restricciones mayores o menores a la libertad general del ciudadano, a los fines de asegurar la satisfacción de necesidades de interés general. Este concepto estatista amplió los poderes de las Administración Pública por medio de «privilegios y prerrogativas» dentro del «régimen exorbitante del Derecho común». Esa idea de exorbitancia, tomada de Francia, se tradujo en reglas especiales que derogan el Derecho privado incluso en lo que respecta a la realización de actos de comercio en actividades declaradas o consideradas, con bastante amplitud, como servicio público. Puede verse entre otros a ARAUJO-JUÁREZ, José: *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos. Valencia, 2003, pp. 70 y ss.; BREWER-CARÍAS, Allan R.: «Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 6. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, pp. 65-71; LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. 10.ª, UCV. Caracas,

actividad económica que, al satisfacer necesidades de interés público, es asumida por el Estado, quien asegura así que la gestión de esa actividad cumpla con estándares referidos a la igualdad, mutabilidad y continuidad. Esos estándares justifican sustraer a las actividades de servicio público del Derecho privado para someterlas a un régimen exorbitante, al punto de que el servicio público es concebido como una actividad administrativa. Por ello, la libertad de empresa no tiene vigencia práctica en las actividades consideradas o declaradas como servicio público, pues la gestión privada, en caso de ser tolerada, solo tiene cabida bajo las condiciones fijadas por la Administración en el contrato de concesión de servicio público que, casi sobra señalarlo, es considerada

2001, pp. 203 y ss.; PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. TSJ. Caracas, 2003, pp. 430 y ss. Con posterioridad —y por influencia de la tesis del «nuevo servicio público»— la doctrina venezolana ha construido un concepto de servicio público compatible con la libertad general. *Vid.*: BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El régimen constitucional de los servicios públicos». En: *VI Jornadas internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*. FUNEDA. Caracas, 2002, pp. 19 y ss. Otro sector ha insistido en la visión tradicional, anclada en la *publicatio* y en la preponderancia del Derecho público, incluso, en lo que respecta a los servicios públicos industriales y comerciales (TURUHPAL, Héctor: *La actividad administrativa*. CIDEP. Caracas, 2021 (versión electrónica, N.º 5372 y ss.). Por nuestra parte, hemos criticado el concepto de servicio público como «actividad administrativa», al considerar que, en la práctica, la actividad administrativa solo puede adoptar dos cauces, a saber, la actividad de limitación o la gestión directa de actividades económicas. En el primer caso, la intervención administrativa debe ajustarse a las garantías jurídicas de la libertad de empresa, en especial, en lo que respecta a los principios de menor intervención y subsidiariedad. Un sector económico en el cual el confuso concepto de servicio público ha sido invocado para reducir el alcance de la libertad de empresa es el sector bancario, aspecto tratado por MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*. UCAB. Caracas, 2011. Véase nuestra posición en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Derecho Administrativo y regulación económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, *in totum*.

un contrato. Incluso se ha defendido que, en la actividad administrativa de servicio público, la relación entre los operadores económicos y la Administración es una relación de sujeción especial, lo que en la práctica implica que es una relación en la cual no rige, de manera efectiva, el principio de legalidad⁴².

Este concepto de servicio público, como hemos explicado anteriormente, es criticable por varias razones⁴³. La primera razón es que tal concepto es iliberal, pues admite restricciones a la libertad de empresa más allá de lo dispuesto en la Ley, al punto de admitirse que toda actividad declarada o considerada como servicio público, solo por ello, está reservada al Estado. Sin embargo, la reserva —como la mayor restricción a la libertad de empresa— no puede deducirse o desprenderse de un concepto tan confuso como el servicio público. Antes, por el contrario, la reserva solo puede derivarse de una declaración expresa contenida, además, en una ley orgánica. Desde el punto de vista constitucional, por ello, no puede sostenerse que la sola declaratoria de servicio público equivale a una reserva⁴⁴.

⁴² TURUHPIAL: ob. cit. (*La actividad administrativa*), locación 7475. Alude el autor a «la situación de sujeción especial en la que se encuentra el concesionario frente a la Administración». La teoría de la relación de sujeción especial, del siglo XIX, debe entenderse completamente abandonada en el siglo XXI, al ser incompatible con el concepto vicarial de Administración Pública y la centralidad de los derechos humanos.

⁴³ HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Derecho Administrativo y regulación...*), *passim*.

⁴⁴ El concepto de servicio público adoptado, en Venezuela, asume la *publicatio* o reserva, como elemento definitorio de toda actividad declarada o considerada como servicio público. El efecto práctico de ello es la desnaturalización de la libertad de empresa y el desconocimiento del principio de legalidad, al punto de que, como vimos, se admite la existencia de una relación de sujeción especial. *Vid.* HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado social». En: *VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». El principio de*

Con lo cual, y en segundo lugar, frente a las actividades declaradas o consideradas servicio público, la Administración solo puede desplegar una de dos actividades: la actividad de gestión directa o la actividad de ordenación y limitación. En la primera modalidad, la Administración asume la oferta de bienes y servicios, por ejemplo, mediante empresas públicas. En la segunda modalidad, la Administración ordena y limita la oferta de bienes y servicios por la iniciativa privada. Pero, en este caso, las potestades de ordenación y limitación deben ajustarse a las garantías jurídicas de la libertad de empresa, en especial, la garantía de la reserva legal. De allí que, en sentido técnico, no existe una «actividad administrativa de servicio público». Según los casos, la Administración asumirá la oferta de bienes y servicio o la ordenación y limitación de la oferta privada de esos bienes y servicios. Esto es, que la actividad administrativa puede reconducirse a dos modalidades: la actividad de prestación o la actividad de limitación.

En cualquiera de esos casos, y, en tercer lugar, la intervención administrativa debe estar guiada por los principios de subsidiariedad y menor intervención. Asimismo, y de acuerdo con los estándares de la buena administración, la Administración debe garantizar el acceso equitativo a los bienes y servicios usualmente catalogados como servicios públicos. En lugar de seguir empleando la expresión «servicio público» –imprecisa e iliberal– creemos que lo determinante es colocar el centro de atención en la garantía de acceso equitativo a bienes y servicios anejos a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales bajo el principio de subsidiariedad. La concepción estatista e iliberal del servicio público debe dar paso a la concepción del Estado garante⁴⁵: la Administración Pública debe garantizar el acceso

legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica.
T. I. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 200 y ss.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano: *Estado y Derecho en procesos de cambios*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p. 45.

equitativo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, partiendo del principio de subsidiariedad, con lo cual su intervención solo puede justificarse ante fallos de mercado⁴⁶. Bajo esta visión, la oferta de bienes y servicios asociados a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales puede descansar en la libre iniciativa privada, supuesto en el cual la Administración Pública cumple con un deber de regulación ante fallos de mercado. Tal es la posición adoptada en el Derecho Administrativo interamericano⁴⁷.

Desde la perspectiva del Derecho Civil, por ello, no puede sostenerse que las actividades de servicio público queden excluidas de tal Derecho para someterse a un régimen exorbitante. La oferta de bienes y servicios –incluyendo aquellos considerados como servicios públicos– debe responder a la regulación civil, cuyo propósito es reducir los costos de transacción. Supletoriamente, y en la estricta medida necesaria, el Derecho Administrativo podrá intervenir para paliar fallos de mercado. Por lo anterior, cuando –por ejemplo– se ha considerado en Venezuela que la banca es un servicio público, la solución no puede ser –como ha sucedido en la práctica– el sometimiento de la actividad bancaria a un régimen exorbitante de Derecho Administrativo con la aplicación

⁴⁶ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La pandemia de la COVID-19 y el Derecho Administrativo en América Latina*. Tirant Lo Blanch-Universidad del Rosario. Bogotá, 2021, pp. 150 y ss.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04-07-06, Serie C N.º 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, cuyo párrafo 92 dispone lo siguiente: «los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad».

subsidiaria del Derecho privado. En realidad, en tanto la actividad bancaria puede llevarse a cabo en ejercicio de la libertad de empresa –al no ser una actividad reservada al Estado– la regulación civil debe aplicar de manera preferente, quedando limitado el Derecho Administrativo a la regulación económica que, en la estricta medida necesaria, se orienta a paliar fallos de mercado, como, por ejemplo, asimetrías de información⁴⁸.

De esa manera, a la sombra del Petro-Estado, la concepción del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho común se decantó en el concepto estatista e iliberal del servicio público, lo que contribuyó a desconocer las garantías jurídicas de la libertad de empresa al socaire del «régimen de excepción» que se mantuvo durante la práctica totalidad de la Constitución de 1961. A resultas de lo anterior, la relación entre el Derecho privado y el Derecho Administrativo se invirtió, pues el Derecho privado quedó relegado en las actividades consideradas o declaradas como servicio público. El resultado de lo anterior fue el rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo, lo que minó la calidad de las instituciones de mercado⁴⁹.

2.2. *El régimen exorbitante del Derecho Administrativo y la destrucción de los mecanismos de mercado*

A partir de 2002, el régimen exorbitante del Derecho Administrativo fue empleado para avanzar en la destrucción de los meca-

⁴⁸ MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit. (*La banca en el marco...*), *passim*.

⁴⁹ La expresión sobre el «rapto» la hemos empleado antes en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El Derecho de los Consumidores en Venezuela: un ejemplo del rapto del Derecho Mercantil». En: *Revista Foro de Derecho Mercantil*. N.º 56. Legis. Bogotá, 2017, pp. 51 y ss. El tema ha sido tratado en PASCUA MATEO, Fabio: *El rapto del Derecho privado*. Civitas. Madrid, 2015, pp. 95 y ss.

nismos de mercado⁵⁰. El punto de inicio fue la sentencia de la Sala Constitucional del 24 de enero de 2002, caso Asodeviprilara, que tomó el concepto de servicio público para construir una visión totalitaria del Estado social, en la cual toda actividad económica declarada o considerada como de servicio público quedaba subordinada a poderes inmanentes de control del Estado. La sentencia apunta a algunas conclusiones adecuadas de la cláusula del Estado social, en especial, realzando su carácter vinculante. Pero lo cierto es que tal cláusula fue erradamente interpretada como un título habilitante implícito a favor de la Administración Pública. Por ello, el inconstitucional modelo que comenzó a implementarse a partir de 2003 encontró como principal punto de apoyo a la figura del servicio público⁵¹.

En efecto, a partir de 2003, el Poder Ejecutivo nacional adoptó controles centralizados que destruyeron los mecanismos de mercado y desnaturalizaron la libertad de empresa. La jurisprudencia de la Sala Constitucional contribuyó a ese resultado, al adoptar una interpretación minusvalorada de tal libertad, cuyo ejercicio quedó subordinado a poderes exorbitantes de la Administración Pública. El resultado de lo anterior fue la supresión, en la práctica, de la reserva legal y la violación del contenido esencial de la libertad de empresa por su funcionalización social: tal libertad no respondió a la autonomía empresarial privada, sino a las directrices adoptadas desde el Estado. La destrucción de

⁵⁰ SANTOS, Miguel Ángel: «La Venezuela del día después (y del día antes)». En: *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*. Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe-IDRC. A. FAJARDO y A. VARGAS, coords. Bogotá, 2021, p. 46.

⁵¹ *Cfr.* HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado social en el Derecho venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda». En: *Iurídica*. N.º 3. Universidad Arturo Michelena. Valencia, 2006, pp. 41 y ss.

los mecanismos de mercado incluso avanzó a través del intento de sustituir al Estado constitucional por el Estado comunal, basado en el llamado «sistema económico comunal». Tal y como MORLES HERNÁNDEZ concluyó, el modelo del socialismo del siglo XXI violó las garantías básicas de la economía de mercado⁵².

El Derecho Civil fue desnaturalizado. Así, la esencia de tal Derecho es la autonomía de la voluntad de las partes, que es una autonomía que entronca con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁵³. Ya explicamos, desde el análisis económico, que el rol del Derecho Civil es facilitar esa autonomía y el libre intercambio de bienes y servicios, para lo cual resulta clave la figura del contrato, que no es más que la exteriorización de la autonomía privada de las partes. Pero esa autonomía fue desconocida al adoptarse una visión autoritaria-populista del Derecho Administrativo, en la cual la defensa del «pueblo» se empleó para justificar la *vis* expansiva del Derecho Administrativo exorbitante. La inaplicación —o derogación— del Derecho Civil fue clave para avanzar en esta visión exorbitante de la libertad de empresa.

A estos fines, el concepto de orden público varió, pues de su alcance en el artículo 6 del Código Civil se pasó a una visión

⁵² MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «El nuevo modelo económico para el socialismo del siglo XXI». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 112. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p. 235. Del profesor MORLES HERNÁNDEZ, puede verse también: «El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 229 y ss., así como: «El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista». En: *Anuario de Derecho Público*. N.º 1. Universidad Monteávila. Caracas, 2007, pp. 319 y ss.

⁵³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Derecho Civil constitucional...*), *passim*.

expansiva de orden público derogatorio del Código Civil⁵⁴. Tal y como BREWER-CARÍAS ha observado, el concepto de orden público fue empleado abusivamente para justificar técnicas de intervención administrativa claramente arbitrarias, cuyo efecto fue la desnaturalización de la libertad de empresa⁵⁵.

El mejor ejemplo es la desnaturalización del contrato de seguros, que de un contrato basado en la autonomía de la voluntad de las partes y regido primariamente por el Derecho privado, pasó a ser un acto regulado ampliamente por el Estado, incluso, con supuestos de contratación forzosa. Tal y como observó MORLES HERNÁNDEZ, el contrato de seguros, en el Derecho venezolano, dejó de ser un contrato, en tanto la relación jurídica entre la empresa de seguro y el usuario fue regulada por el Derecho Administrativo. El caso del contrato de seguro ilustra muy bien el efecto del carácter exorbitante del Derecho Administrativo basado en el servicio público, pues en la práctica, el Derecho Civil fue derogado y, con ello, los mecanismos de mercado fueron abolidos⁵⁶.

La destrucción de los mecanismos de mercado, como consecuencia del desplazamiento del Derecho Civil por el Derecho Administrativo, afectó el intercambio de bienes y servicios, lo que resultó clave para el colapso económico, medido en una caída de cerca del 80 % del producto interno bruto. Las instituciones

⁵⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 374 y ss.

⁵⁵ BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Sobre las nociones...*), pp. 169 y ss.

⁵⁶ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «El seguro dejó de ser un contrato. La distorsión del contrato de seguro en el proceso de transición de sistemas económicos». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 156. Caracas, 2017, pp. 491 y ss.

civiles que facilitan el libre intercambio de bienes y servicios fueron desplazadas por instituciones administrativas que, basadas en el régimen exorbitante, se apropiaron ilegítimamente de la riqueza generada por la sociedad civil, al punto de que pueden ser consideradas como instituciones predatorias. Aun cuando los controles centralizados colapsaron en 2018 a resultas del colapso del Estado venezolano, lo cierto es que los mecanismos de mercado no se han restablecido. De ello resulta que el intercambio de bienes y servicios en Venezuela no responde a instituciones civiles que fomentan el libre intercambio, sino más bien a zonas de tolerancia económica, en las cuales el emprendimiento económico ha sido simplemente tolerado, en un entorno signado por la creciente informalidad e, incluso, criminalidad⁵⁷.

La destrucción de los mecanismos de mercado a partir de 2003 fue determinante para el colapso económico y la emergencia humanitaria compleja. Conviene entonces insistir que, desde la perspectiva jurídica, el punto de inicio de tal emergencia fue el desplazamiento del Derecho Civil –y sus mecanismos de mercado– por el Derecho Administrativo autoritario-populista. Este desplazamiento fue facilitado por instituciones como el servicio público y el contrato administrativo. No es casualidad que en los sectores en los cuales estas políticas predatorias se emplearon con mayor ahínco –por ejemplo, el sector de alimentación– se basaron en la institución del servicio público. Por ejemplo, el Decreto-Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precio de 2007, declaró servicios públicos esenciales «las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte,

⁵⁷ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Control de cambio y de precio. Auge y colapso institucional*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2022, pp. 79 y ss.

distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios»⁵⁸.

Precisamente, dentro de la deuda pública externa venezolana –estimada en no menos de 140 000 millones de dólares– deben incluirse las reclamaciones de los operadores económicos que fueron arbitrariamente expropiados, como resultado de la aplicación de un régimen exorbitante que desplazó al Derecho Civil y avanzó en la expropiación de derechos económicos⁵⁹.

Es importante aclarar que los controles centralizados sobre la economía violaron la Constitución, así como las garantías de las personas reconocidas en el Derecho Administrativo venezolano. Un componente fundamental para lograr esa violación fue el control político de la jurisdicción contencioso-administrativa, que abdicó su rol de garante de la legalidad y de los derechos de las personas, para pasar a ser brazo ejecutor de políticas autoritarias. Pero también debe reconocerse que conceptos como el del servicio público, anclados en la –errada– valoración del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante, contribuyeron al avance autoritario-populista del Derecho Administrativo venezolano.

Por lo anterior, la solución no puede ser retrotraer el Derecho venezolano a su condición de 1999, pues ya para ese momento

⁵⁸ Véanse nuestras observaciones en: *Comentarios a nueva Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*. FUNEDA. Caracas, 2008. Esta tendencia se extendió, por ejemplo, *vid.* ALFONZO, Juan Domingo: «Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto N.º 6092 con rango valor y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 115. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 242 y ss.

⁵⁹ HERNÁNDEZ G.: *ob. cit.* (*Control de cambio...*), *passim*.

existían instituciones claramente violatorias de los mecanismos de mercado. El mejor ejemplo es el control de precio adoptado inconstitucionalmente en 2003, en ejecución de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, que había sido aprobada antes de 1999. Por ello, para 1999 el Derecho Administrativo Económico venezolano tenía instituciones que, basadas en la errada idea del régimen exorbitante, habían secuestrado al Derecho Civil, afectando con ello los mecanismos de mercado⁶⁰.

2.3. Hacia una nueva relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil

Frente al efecto derogatorio que el Derecho Administrativo produce sobre el Derecho Civil, incluso en lo que respecta a los mecanismos de mercado, la solución pasa por reconstruir la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, a partir de los principios de subsidiariedad y menor intervención. Las reglas que rigen al intercambio de bienes y servicios —o sea, los mecanismos de mercado— deben partir del Derecho Civil y Mercantil, reforzándose la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de contratos y, sobre todo, la libertad económica y la propiedad privada. La aplicación del Derecho Administrativo debe dejar de responder a conceptos imprecisos como el servicio público, para adecuarse a razones económicas: la intervención administrativa en el intercambio de bienes y servicios se justifica solo para atender fallos de mercado y, así, facilitar el libre desempeño de la sociedad civil.

Esta nueva relación pasa por abandonar el concepto del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante con fuerza derogatoria del Derecho Civil, para volver a la situación previa a la década de los cuarenta del pasado siglo, o sea, la concepción

⁶⁰ Ídem.

del Derecho Administrativo como un Derecho especial, que complementa al Derecho Civil desde el principio de subsidiariedad. En especial, el principio de subsidiariedad parte de la centralidad de la persona, y como la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN observó, la protección de la persona:

... no es exclusiva de determinada área o rama del Derecho, sino que contrariamente todos los ámbitos del orden legal confluyen simultáneamente en el cuidado del sujeto de derecho. Derecho público y Derecho privado son áreas que se complementan pues el Derecho es un sistema de normas que no pueden concebirse aisladamente, especialmente porque todo el orden jurídico gira alrededor de la persona⁶¹.

En lugar de insistir en la figura de las cláusulas exorbitantes –último reducto del absolutismo en el Derecho Administrativo–, el Derecho Administrativo debería adoptar la figura del contrato público reconocido en la Ley de Contrataciones Públicas, y que, sin perjuicio de las reglas especiales derivadas de esa Ley, también se rige por el Derecho Civil⁶².

Asimismo, la relación entre la oferta de bienes y servicios y la satisfacción de necesidades de interés general no debe enfocarse

⁶¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Entre el Derecho público y el Derecho privado». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 161-162. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020, p. 46.

⁶² Sostenemos que las cláusulas exorbitantes son un reducto del absolutismo, pues se basan en poderes ablatorios que, sin embargo, son implícitos, en tanto podrían ejercerse al margen de la Ley y del contrato. Estos poderes implícitos incluso podrían ejercerse para acordar la terminación unilateral del contrato administrativo por razones de interés general, lo que es una expropiación conducida al margen del principio de legalidad. Bajo la Ley de Contrataciones Públicas, no hay tales poderes inmanentes, sino derechos que podrá ejercer la Administración –según la Ley o el contrato–.

desde el concepto –estatista e iliberal– de servicio público. Así, incluso las actividades económicas que cumplan necesidades de interés general, incluyendo aquellas que satisfacen los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, pueden ser emprendidas en ejercicio de la libertad de empresa, salvo las actividades que de manera excepcional y expresa sean reservadas al Estado mediante Ley Orgánica. Precisamente, como el Estado es garante de la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la Administración Pública podrá desplegar potestades de ordenación y limitación, en el marco del principio de legalidad y en resguardo del resto de garantías jurídicas de la libertad de empresa, en especial, el principio de menor intervención. Cuando sea estrictamente necesario, podrá además desplegar la actividad prestacional, eventualmente, para asumir la gestión directa de esas actividades (sí ello resulta, en términos económicos, indispensable, habida cuenta de los fallos de mercado presentes). Como se observa, no es necesario acudir al concepto de la actividad administrativa de servicio público para justificar la intervención administrativa sobre actividades que satisfacen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En tanto la oferta de bienes y servicios queda regida por la libertad de empresa, incluso respecto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, el intercambio de esos bienes y servicios debe regirse por el Derecho Civil, para asignar con claridad derechos económicos y proteger la libertad contractual. El Derecho Civil contribuye, así, al bien común, en tanto reduce costos de transacción, facilita el intercambio y crea condiciones propicias para la eficiencia económica. La derogatoria del Derecho Civil como resultado de la genérica declaratoria de servicio público produce el efecto contrario: afecta la calidad de los derechos económicos, reduce la protección de los contratos y, en suma, eleva los costos de transacción generando ineficiencia. Todas estas

consecuencias adversas tienden a impactar adversamente en la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, atentando con ello contra el bien común.

La prevalencia del Derecho Civil, por ello, no se opone a la intervención del Estado por medio de las Administraciones Públicas, que es necesaria no solo para atender fallos de mercado sino, además, para garantizar el acceso equitativo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tal y como se establece en el Derecho Administrativo interamericano. Pero en este caso, la intervención administrativa no puede basarse en el genérico concepto de servicio público para justificar la derogatoria del Derecho Civil. La justificación de la intervención administrativa orientada a atender los efectos adversos de la desigualdad sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales debe basarse en fallos de mercado, en sintonía con el principio de subsidiariedad. La solidaridad, como principio propio de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, debe atender a la centralidad de la persona y su dignidad, y por ello, a la primacía de la sociedad civil.

Hemos denominado a esta relación «complementariedad subsidiaria». Así, el Derecho Administrativo y el Derecho Civil no están en situación de rivalidad, pues se complementan. Además, el Derecho Administrativo —específicamente en lo que respecta a los mecanismos de mercado— debe ser subsidiario al Derecho Civil.

CONCLUSIONES

En contra de sus orígenes históricos, el Derecho Administrativo venezolano, hacia la cuarta década del siglo anterior, adoptó la idea del Derecho exorbitante del Derecho Civil, incorporando

de manera irreflexiva las instituciones del Derecho Administrativo francés. Calificamos de irreflexiva esa solución, pues, en Venezuela, la Administración Pública no se somete a una dualidad de jurisdicción. Pese a ello, se ha considerado que la Administración se somete a un régimen exorbitante, salvo cuando actúa como un particular –caso en el cual sí aplica el Derecho Civil–.

El concepto del Derecho Administrativo exorbitante –y la derogatoria del Derecho Civil– son inconsistentes con el artículo 141 constitucional, bajo el cual no puede admitirse que la Administración Pública actúa como un particular. En realidad, la Administración Pública siempre actúa al servicio de las personas, o sea, al servicio del bien común, incluso cuando instrumentalmente aplica el Derecho Civil. Y con independencia de lo anterior, la actividad e inactividad administrativa siempre quedará sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativo.

Pero el peso del carácter exorbitante del Derecho Administrativo es tal que la figura del contrato administrativo es defendida, a pesar de que esta figura desapareció en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas. Toda la actividad contractual de la Administración se formaliza por medio del contrato público, que, además de regirse por leyes especiales de Derecho Administrativo, también podrá regirse por el Derecho Civil.

No se trata solo de una crítica académica. El carácter exorbitante del Derecho Administrativo venezolano, junto a figuras como el servicio público, facilitaron la implementación de controles centralizados sobre la economía que destruyeron los mecanismos de mercado propiciando una emergencia humanitaria compleja. Así, el servicio público fue empleado para justificar

medidas arbitrarias de control e, incluso, expropiaciones supuestamente orientadas a garantizar el acceso a las personas a los bienes y servicios, siendo que el resultado fue justo el contrario. El Derecho Civil contiene las instituciones que asignan derechos económicos, facilitando con ello el intercambio eficiente de bienes y servicios: la derogatoria del Código Civil en los sectores ampliamente catalogados como servicios públicos derivó en la destrucción de los derechos económicos, afectándose con ello el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Venezuela demuestra que la garantía de acceso equitativo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales presupone una correcta definición civil de los mecanismos de mercado. Por ello, el colapso de los controles centralizados a partir de 2018 ha derivado en ciertos espacios de tolerancia económica, pero no ha logrado garantizar el acceso equitativo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sencillamente, pues los mecanismos de mercado no han sido restablecidos.

La solución frente a lo anterior no puede ser volver al marco jurídico en vigor para 1999, pues ese marco jurídico ya contenía conceptos contrarios a los mecanismos de mercado, como el servicio público. La solución pasa por establecer una nueva relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil que, alejado del carácter exorbitante del primero sobre el segundo, descansa en la complementariedad subsidiaria: el Derecho Administrativo y el Derecho Civil no son rivales, pues se complementan, partiendo del carácter supletorio del Derecho Administrativo en lo que respecta a los mecanismos de mercado.

Resumen: La relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil en Venezuela se ha basado en el carácter exorbitante del primero, de lo cual han resultado instituciones contrarias a los mecanismos de mercado, como el servicio público. Es necesario establecer una nueva relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil que, alejado del carácter exorbitante, descansa en la complementariedad subsidiaria: el Derecho Administrativo y el Derecho Civil no son rivales, pues se complementan, partiendo del carácter supletorio del Derecho Administrativo en lo que respecta a los mecanismos de mercado orientados al bien común. **Palabras clave:** Derecho Administrativo, Derecho Civil, régimen exorbitante, servicio público, contrato administrativo, mecanismos de mercado, bien común.

* * *

Abstract: *The relationship between Administrative Law and Civil Law in Venezuela has been based on the exorbitant nature of the former, with institutions that have diminished the market mechanism, like the public service. It is necessary to establish a new relationship that moves away from the exorbitant character no embrace the subsidiary complementarity. The Administrative Law and the Civil Law are not rivals because they complement each other, considering the suppletory application of the Administrative Law regarding the market mechanisms towards the common good.* **Keywords:** *Administrative Law, Civil Law, exorbitant regime, public service, administrative contract, market mechanisms, common good.*