

# Sobre algunas convergencias del Derecho privado con el Derecho Administrativo venezolano

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ\*

Creo profundamente que eso es todo  
y que ni veré ni ejecutaré cosas nuevas<sup>1</sup>.

**SUMARIO: 1. Convergencias del Derecho privado con el Derecho público. La relativa importancia del tema en el Derecho Administrativo Iberoamericano 2. Tres**

---

\* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado y Especialista en Derecho Administrativo, Profesor Titular de Derecho Administrativo. **Universidad Carlos III de Madrid** (Madrid-España), Máster en Política Territorial y Urbanística. **Universidade da Coruña** (La Coruña-España), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. **Universidad Monteávila** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Administrativo y director adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

Una primera versión de este trabajo fue presentada para el xx Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: «Exigencias del Derecho Administrativo del siglo XXI», que tuvo lugar del 4 al 6 de octubre de 2021, en Montevideo, Uruguay, con el título: *Sobre algunas convergencias del Derecho privado con el Derecho Público en el Derecho Administrativo venezolano*. Una segunda, con igual título que el que encabeza estas páginas, se publicó en la *Revista Tachirensis de Derecho* (N.º 32, 2021). Para esta tercera versión se añadió un epígrafe sobre los derechos reales administrativos.

<sup>1</sup> BORGES, Jorge Luis: «Mi vida entera». En: *Obra poética: 1923-1985*. 22.ª, Emecé Editores. Buenos Aires, 1999.

**enfoques doctrinarios** 2.1. *El aparente cuestionamiento de la constitucionalización del Derecho privado* 2.2. *La indiscutida interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública* 2.3. *¿Puede hablarse de un Derecho Administrativo privado o de un Derecho privado Administrativo?* **3. Tres convergencias concretas del Derecho privado en el Derecho Administrativo venezolano** 3.1. *Contratación pública y contrato administrativo: hacia la superación de una polémica* 3.2. *El Derecho aplicable como criterio fundamental para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa* 3.3. *Los derechos reales administrativos* 3.3.1. Concepto y caracteres identificadores 3.3.2. Objeciones dogmáticas a la existencia de los derechos reales administrativos y sus respuestas 3.3.3. Los derechos reales administrativos en el ordenamiento jurídico venezolano 3.3.3.1. El Derecho positivo 3.3.3.2. La jurisprudencia 3.3.3.3. La doctrina 3.3.3.4. Una reflexión **Consideración final**

## I. CONVERGENCIAS DEL DERECHO PRIVADO CON EL DERECHO PÚBLICO. LA RELATIVA IMPORTANCIA DEL TEMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

La selección del asunto atinente a las convergencias del Derecho público con el Derecho privado, especialmente en la aplicación práctica del Derecho Administrativo, permite exponer algunas reflexiones generales al respecto, teniendo como referencia las experiencias en Venezuela.

Para ello, se partirá de tres premisas teóricas generales abordadas por la doctrina nacional, también tratadas en otros

ordenamientos, con el fin de esbozar lo que puede llamarse el «estado de la cuestión». Ello, con miras a brindar un marco teórico para el desarrollo de asuntos más concretos. De allí que, a continuación, se ofrezca una descripción muy sucinta de esos tres tópicos, los cuales, aun no siendo los únicos, son de especial interés y, en ciertos casos, controversiales. A saber: i. La polémica respecto a la constitucionalización del Derecho privado; ii. la interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la Administración Pública, y iii. el uso de la expresión «Derecho Administrativo privado» o su aparente equivalente «Derecho privado Administrativo».

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

Y ello, porque en los países de habla española de América la construcción del concepto de nuestra disciplina no descansa, con el mismo énfasis que en España, en la concepción estatutaria del Derecho Administrativo (rama jurídica aplicable a la Administración Pública en sentido subjetivo)<sup>2</sup>. Ni tampoco la determinación del ámbito de control de la Justicia Administrativa viene impuesta, a diferencia del caso español, en tanto sea aplicable el Derecho Administrativo (actos o actuaciones administrativas

---

<sup>2</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. 16.ª, Civitas-Thomson Reuters. Madrid, 2013, pp. 49-70. Incluso, afirma doctrina nacional que la tal concepción parte de la premisa de entender a la Administración Pública como persona jurídica: HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, p. 44.

sujetas al Derecho Administrativo<sup>3</sup> o, más modernamente, pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo)<sup>4</sup>.

Antes al contrario, la regla en el Derecho Administrativo latinoamericano (empleando esta expresión a los efectos de diferenciarse del caso español) es que esa rama jurídica se aplica preponderantemente –o mayormente, si se quiere– a la Administración Pública, entendida esta tanto en su aspecto orgánico como funcional<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 57. Fórmula consagrada en el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española de 1956. Sobre el punto pueden verse en la doctrina venezolana, entre otros: PELLEGRINO PACERA, Cosimina: «Derecho Administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa: su objeto ;pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo?». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 112. UCV. Caracas, 1999, pp. 335-411; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «¿Existen en Venezuela actos administrativos no sometidos al Derecho Administrativo?». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, pp. 96-137.

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 122, 123 y 154-156. Sobre el tema en la doctrina española, comentando la Ley vigente: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3.ª, Civitas. Madrid, 2001, pp. 103-115. En el caso venezolano, ese criterio es seguido, entre otros, en UROSA MAGGI, Daniela: «Aspectos esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa a la luz de *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*». En: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G., coord. Caracas, 2015, pp. 319-322, y cuestionado por otros, por ejemplo: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Notas sobre el control judicial de la Administración Laboral con especial referencia a los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 129. UCV. Caracas, 2008, pp. 221-254.

<sup>5</sup> Para el caso nacional, el aporte más detallado lo ha hecho BREWER-CARIAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I (El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales). Editorial Jurídica Venezolana.

Con lo que se añade, en el último caso, la actividad administrativa ejercida por todas las ramas del Poder Público y no solo el Ejecutivo<sup>6</sup>. Pero de forma preponderante no quiere decir exclusiva, ni siquiera normal, toda vez que la aplicación de otras ramas del

---

Caracas, 2013, pp. 27-66, 89-103 y 210-235. Y es que el Derecho Administrativo –al menos el venezolano, agregamos nosotros–: «... no ha sido nunca el Derecho de la Administración Pública, sino que ha sido siempre el Derecho de la función administrativa de los entes públicos», ARAUJO-JUÁREZ, José: *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 53. Véanse también, entre otros: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 61, 97 y 107; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «La Administración Pública y su carácter interorgánico. O la Administración Pública como función». En: *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999*. 2.<sup>a</sup>, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. A. R. BREWER-CARÍAS y J. ARAUJO-JUÁREZ, coords. Panamá, 2021, pp. 677-693, así como la bibliografía allí citada; en la misma obra colectiva *ut supra* citada: GRISANTI DE MONTERO, Rosibel: «Principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio», pp. 695-715. Una perspectiva iberoamericana la aportan, por ejemplo: VIDAL PERDOMO, Jaime; ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo; GORDILLO, Agustín y BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, y desde diversos ordenamientos: PANTOJA BAÚZA, Rolando: «El concepto de función administrativa en el Derecho chileno». En: *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. T. I. Ediciones Paredes. V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, coord. Caracas, 2007, pp. 491-522; FRAGA, Gabino: *Derecho Administrativo*. 40.<sup>a</sup>, Editorial Porrúa. México D. F., 2000, pp. 56-63; BÉJAR RIVERA, Luis José: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. México D. F., 2012, pp. 48-50.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 71-73. Concepción que tiene parte de su origen en la pandectística alemana y su teoría formal-sustancial del Derecho Administrativo, al igual que en el gradualismo de la cronológicamente más cercana Escuela de Viena.

Derecho a la Administración Pública –y la actividad administrativa que ella realiza–, incluyendo el Derecho privado, es un fenómeno aceptado sin demasiados problemas tanto en el plano dogmático como en el práctico.

No se trata, pues, de casos excepcionales o anómalos, que rompan inocuamente –a modo de olas contra un pétreo acantilado– frente a una concepción rígida en la cual el Derecho Administrativo se concibe, crea y aplica por y para la Administración Pública, con mirada exclusiva<sup>7</sup>. Al contrario, se está en presencia de la interaplicación del Derecho en sus diversas ramas<sup>8</sup>. De tal manera que no resulta sorprendente ni inusual

---

<sup>7</sup> Tampoco el Derecho privado regirá a los particulares de forma exclusiva, pues pueden darse –excepcionalmente– relaciones jurídico-administrativas entre estos, dado que no hay que olvidar que: «Si bien la Administración nunca puede obrar como un particular, los particulares sí pueden obrar como Administración Pública, en los términos tasados de la Ley, con potestades administrativas...», HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 153. Sobre el punto, puede verse recientemente en la propia doctrina española, apartándose de la predominante concepción estatutaria: GAMERO CASADO, Eduardo: «Delimitación conceptual de la potestad administrativa». En: *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. E. GAMERO CASADO, dir. Valencia, 2021, pp. 104-113, así como la bibliografía allí citada, al igual que en la misma obra: CANALS I AMETLLER, Dolors: «El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado», pp. 320-377.

<sup>8</sup> Por ello, resultaría quizá algo aventurado afirmar en nuestro ordenamiento que el Derecho Administrativo es el que se aplica a las funciones propias de la Administración Pública (giro o tráfico administrativo) y el Derecho privado a la gestión de servicios públicos u otras competencias administrativas, como señaló para el caso europeo: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *El Derecho Administrativo privado*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1996, p. 174. Sobre la interaplicación del Derecho privado y del Derecho público a la Administración Pública y a la actividad administrativa en el caso venezolano, véase: BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. I, pp. 688-724. Y respecto al punto en general, recientemente en el

que la Administración Pública, y la actividad que ella realiza, termine rigiéndose por normas jurídicas no administrativas, e incluso, iusprivatistas<sup>9</sup>.

El problema, entonces, de este lado del Atlántico, parece ser otro. A saber, cuáles serán los criterios para determinar el Derecho aplicable a la Administración Pública, que en la mayoría de los casos será Derecho Administrativo, y en qué hipótesis la

---

ordenamiento español: VELASCO CABALLERO, FRANCISCO: *Derecho público más Derecho privado*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, especialmente, pp. 148-155. En el ordenamiento venezolano, se ha ocupado especialmente de la incidencia del marco constitucional en el Derecho privado, María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN en su obra monográfica: *Derecho Civil Constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018, pp. 25-64; y de la misma autora: «Entre el Derecho público y el Derecho privado». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 161-162. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018, pp. 41-58; «Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela». En: *Jurisprudencia Argentina*. N.º 13. Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; «Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 10. IDIBE. Valencia, 2019, pp. 52-91; «La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano». En: *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 6, N.º 15. Universidade Federal Fluminense. Río de Janeiro, 2019, pp. 93-136; «Primacía de la Constitución y constitucionalización del Derecho Civil». En: *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999*. 2.ª, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. A. R. BREWER-CARÍAS y J. ARAUJO-JUÁREZ, coords. Panamá, 2021, pp. 469-483; «Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 7-1 (Edición homenaje a José Peña Solís). Caracas, 2016, pp. 87-123; «Constitucionalización y contrato en el ordenamiento venezolano». En: *El Derecho contractual en clave constitucional*. Ediciones Olejnik. L. B. PÉREZ GALLARDO y M. AMORÍN PISA, coords. Buenos Aires, 2021, pp. 131-170.

<sup>9</sup> Incluso ello es aceptado por autores españoles, como, por ejemplo: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: ob. cit., p. 159.

llamada «huida del Derecho Administrativo» resulta inaceptable no tanto por condicionamientos dogmáticos, sino por imperativos constitucionales. Arduo asunto del que solo se ocuparán estas páginas de forma breve e incidental, por su propia envergadura.

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

## 2. TRES ENFOQUES DOCTRINARIOS

### 2.1. *El aparente cuestionamiento de la constitucionalización del Derecho privado*

El tema de la constitucionalización del Derecho Administrativo, de larga data en otros ordenamientos<sup>10</sup>, ha llamado la atención también de la doctrina venezolana en fechas más recientes<sup>11</sup>. No es el caso entrar en detalles en esta ocasión. En cambio,

---

<sup>10</sup> A partir de la década de los setenta del pasado siglo en Europa, según señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Trascendencia de la Constitución...»), pp. 60-62. De tal forma, fue en la segunda mitad del siglo pasado cuando Europa volvió a descubrir la Constitución, en gráfica expresión de la doctrina francesa recordada recientemente por ARAUJO-JUÁREZ, José: *Constitución administrativa*. Ediciones Olejnik. Madrid, 2021, p. 8.

<sup>11</sup> Entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 55-56. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, pp. 47-59. Más recientemente: ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017; BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. 1, pp. 158-236; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «Los principios del proceso contencioso-administrativo en la Constitución de la República Dominicana». En: *Memorias del Congreso internacional de Derecho Administrativo «Dr. Raymundo Amaro Guzmán»*. ADDA-FINJUS-Editorial Jurídica Venezolana International. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ *et al.*, edits. Panamá, 2015, pp. 799-813.



el mismo fenómeno, aplicado al Derecho privado, específicamente al Derecho Civil, ha sido comentado por menos autores, pero, paradójicamente, ha generado mayor controversia doctrinaria. Y ello, por cuanto quienes adversan tal fenómeno suelen fundar sus objeciones más en los criterios interpretativos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto al tratamiento práctico de diversas instituciones del Derecho privado, con resultados ciertamente cuestionables, que en objetar las bases dogmáticas y los planteamientos conceptuales de esa constitucionalización<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. SAGHY, Pedro: «Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Civil». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 146. Caracas, 2008, pp. 497-514 ([http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2008/BolACPS\\_2008\\_146\\_517-533.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2008/BolACPS_2008_146_517-533.pdf)). Las principales objeciones son: i. la proliferación de los mecanismos de control de constitucionalidad, especialmente el amparo constitucional, lo que ha ocasionado la «explotación» de la Constitución y la pérdida de importancia del Código Civil; ii. muy vinculado con lo anterior, la aplicación directa de la Constitución para resolver los conflictos privados; iii. el abuso de tales prácticas por parte de jueces y abogados, y iv. la creación espontánea de un nuevo Código de resolución de los problemas civiles. En similar sentido: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La reivindicación del Derecho privado». *Una visión liberal del Derecho*. CEDICE-Libertad. Conferencia virtual, 04-12-20. <https://www.youtube.com/watch?v=ERVXfHSCaF8>. Esta última comienza sosteniendo que la expresión «constitucionalización del Derecho privado» evoca limitaciones o restricciones (bien podría sostenerse lo contrario, dado el carácter expansivo de la parte dogmática de las constituciones). Agrega que ese «arrinconamiento» del Derecho privado sería consecuencia de la aparición de la teoría del débil jurídico, que, en el caso venezolano, ha originado que al «fuerte» en la relación jurídica se le identifique como el «malo» y que se refleja en una serie de cuestionables preceptos en la legislación nacional que otorgan excesivas potestades al Estado de intervención y control. De allí –refiere– varias nefastas tendencias jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ que menoscaban el principio de autonomía de la voluntad al proclamar la existencia de un «Estado total». A continuación, alude a la pérdida de la importancia de la codificación civil ante el surgimiento de leyes de contenido social en

Así pues, al mezclarse dos asuntos distintos, como consecuencia de una imprecisión argumentativa, el resultado es que se atribuyen a la constitucionalización los efectos perversos que una censurable interpretación judicial pueda tener en los casos concretos<sup>13</sup>. Por consiguiente, no parece estar en discusión el que la constitucionalización del Derecho Civil, entendida como la regulación de instituciones de esa disciplina en el texto constitucional, al igual que la necesaria interpretación de esa rama jurídica conforme a los principios y valores constitucionales<sup>14</sup>,

---

áreas, tales como la relación de trabajo, la protección al consumidor y el arrendamiento de inmuebles para vivienda. De seguida, señala al Estado social como un Estado esencialmente interventor en las actividades de los particulares, concepción que ha sido excesiva en el caso venezolano al perderse la proporcionalidad y necesidad de la actuación estatal en el ámbito de las relaciones privadas. De ello, deriva el menoscabo al funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad, atendiendo a la concepción maximalista que se maneja en la actual legislación venezolana de la noción del orden público, propia de otros tiempos y latitudes, lo cual se agrava con el fenómeno de la inflación normativa. Aunque el tratamiento de tales aseveraciones requeriría mayor detalle, puede verse que los cuestionamientos se vinculan con ejemplos muy concretos de deficiencias o excesos en el Derecho positivo o en las sentencias judiciales, ejemplos que, mediante el empleo de una falacia de atinencia (causa falsa), se señalan como necesario efecto de la constitucionalización del Derecho privado, siendo que este último en modo alguno puede identificarse con malas prácticas legislativas o judiciales derivadas del autoritarismo en el ejercicio del poder.

<sup>13</sup> Bien se señala respecto a la crítica a las decisiones de la Justicia Constitucional: «Que tales decisiones sean objeto de crítica e incurran en impropiedades, no es un problema relativo a la “constitucionalización”, sino un riesgo latente en cualquier área del Derecho», DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Trascendencia de la Constitución...»), p. 59.

<sup>14</sup> De allí que se destaque recientemente, invocando doctrina española, que: «... no es infrecuente encontrar trabajos doctrinales en los que el examen de una categoría o institución jurídica cualquiera, se encabeza con una exposición de las normas constitucionales correspondientes...», ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*Constitución administrativa*), p. 4.

es una realidad ineludible, producto de lo que la doctrina alemana llamó «efecto irradiación»<sup>15</sup> de los derechos de la Carta Magna<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Véanse, entre otros: HESSE, Conrado: «Constitución y Derecho Constitucional». En: *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. E. BENDA *et al.* Madrid-Barcelona, 2001, pp. 1-9. Y en la misma obra: BENDA, Ernesto: «Dignidad humana y Derechos de la personalidad», pp. 117-126. En la doctrina venezolana, por ejemplo recientemente: CASAL H., Jesús María: *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Temis-Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, 2020, pp. 8-54, 65 y 369.

<sup>16</sup> Por ello, lo que un autor expresa con alarma, a saber: «... hoy en día parece imposible abordar cualquier problema del Derecho Civil sin hacer referencia primero, a las normas constitucionales...» (SAGHY: ob. cit., p. 8), nos parece que ni es preocupante ni menos novedoso. De hecho, esa premisa es aplicable a cualquier problema interpretativo jurídico, con independencia de la materia o ramas que se estén tratando, como consecuencia del principio de supremacía constitucional. De allí que no puede compartirse la siguiente afirmación: «... la aplicación directa de la Constitución en los conflictos de naturaleza civil, en preferencia a las normas del Código Civil, no está justificada» (ibíd., p. 7), pues esa aplicación preferente es obligatoria. Cosa distinta será que el intérprete tergiversa o desnaturalice un instituto o precepto en su clásica concepción *ius civilista* sin que haya colisión alguna entre esta y los principios, valores o normas constitucionales. Pero eso último será consecuencia de una tesis interpretativa producto más del voluntarismo del operador jurídico que de una interpretación conforme a la Constitución. De igual forma, discrepamos de partir como premisa general, de que la Constitución «... no creó ningún nuevo Derecho que pueda ser entendido como una colisión normativa con el Código Civil», sin el examen de cada caso concreto, no solo en lo atinente a la interpretación en abstracto, sino en su aplicación. Lo contrario es negar de plano cualquier posibilidad de control de constitucionalidad, en sus diversas modalidades, en lo que se refiere a todos y cada uno de los preceptos del Código Civil, lo cual es incluso teóricamente inadmisibles. En todo caso, los cuestionamientos al fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil terminan siendo reducidos a cuestionables tesis interpretativas en los casos concretos, como admite el propio autor al aclarar: «... debemos advertir que los vicios a los que reaccionamos con este trabajo son causados por una aplicación irreflexiva de la Constitución en los asuntos civiles. Por un desplazamiento inmotivado

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

De allí que nos aventuramos a ver un cuestionamiento más aparente que real, al constatar que el fenómeno de la penetración de los postulados constitucionales, en virtud del principio de la supremacía constitucional, es también perceptible en el Derecho privado venezolano<sup>17</sup>, comenzando por el Derecho Civil<sup>18</sup>. En el caso venezolano, ello puede predicarse de, entre otras instituciones: el concebido, los derechos de la personalidad, el matrimonio, la unión estable de hecho, la filiación, el divorcio, la función social de la propiedad, el régimen de los bienes públicos, la teoría de la imprevisión, la indexación, la oferta de pago, la protección al consumidor, el pago, las responsabilidades civiles especiales, la resolución contractual, el contrato de seguros, la herencia yacente y la vocación hereditaria. Lo que puede resumirse en la coexistencia, a veces pacífica y en otras no tanto, de la autonomía de la voluntad con el orden público, e incluso, con el interés general<sup>19</sup>. Todo ello, más allá de la creciente incidencia

---

del Código Civil. Por el abuso en el ejercicio de la acción de amparo constitucional y por la conducta irrigurosa de los jueces al tratar estos asuntos. No por la simple aplicación de la Constitución» (ibíd., p. 9).

<sup>17</sup> En el caso del Derecho público, y especialmente del Derecho Administrativo, incluso se describe, paralelamente a la constitucionalización del Derecho Administrativo, el fenómeno de la administrativización del Derecho Constitucional, entendido como la incorporación expresa de categorías del primero en la Carta Magna, o bien a través de la interpretación constitucional, ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*Constitución administrativa*), p. 6. De allí que se menciona la existencia de una «Constitución administrativa» (pp. 10-15).

<sup>18</sup> Interaplicación del Derecho público y del Derecho privado e interrelación entre el Derecho Constitucional y el Civil. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Trascendencia de la Constitución...»), p. 58.

<sup>19</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Derecho Civil Constitucional...*), pp. 89-168. Véase de la misma autora: ibíd., pp. 63-72.

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

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

## *2.2. La indiscutida interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública*

Ya se adelantó en páginas previas que, a diferencia de la concepción mayoritaria –aunque no unánime– en la doctrina administrativista española, en la hispanoamericana, preponderantemente y, con mayor seguridad, en la venezolana, la aplicación a la Administración Pública y a la actividad desplegada por esta, tanto del Derecho público como del Derecho privado, es usual y vista sin demasiadas reservas por la doctrina. Ello, dada la visión funcional y no meramente subjetiva del objeto de estudio de la disciplina. Así pues, el Derecho Administrativo será el que rijan preponderantemente a esa Administración Pública en sentido orgánico y funcional, pero no de forma exclusiva, ni mucho menos excluyente<sup>20</sup>.

De tal manera que, al partirse de la noción orgánica combinada con la funcional, el Derecho Administrativo se aplica a la actividad administrativa en las hipótesis –aparentemente mayoritarias– en que esta implica el ejercicio de potestades

---

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 172 y 173. Fenómeno también destacado por la doctrina civilista: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Trascendencia de la Constitución...»), pp. 65-77. Cabe además recordar, en ausencia de preceptos o principios de Derecho público, el carácter supletorio del Derecho Civil. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Entre el Derecho público...»), pp. 48-52; ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), pp. 54-56.

administrativas. O más precisamente aún, la presencia de esta rama jurídica vendrá determinada por lo que la doctrina nacional y el Derecho positivo identifica como el ejercicio de la «función administrativa»<sup>21</sup>. Categoría dogmática más o menos equiparable a la noción amplia de potestad administrativa manejada por reciente doctrina española (la cual parece establecer puentes con una visión más amplia de la Administración Pública y del Derecho Administrativo)<sup>22</sup>.

En otros términos, nos referimos al ejercicio de potestades administrativas, potestades que, de incidir unilateralmente en la esfera jurídico-subjetiva de las personas afectándolas restrictivamente, exigirá entonces la presencia de nuestra disciplina en clave garantista; esto es, vinculándola al reconocimiento y estricto respeto del principio de juridicidad en lo sustantivo, y a los derechos constitucionales procesales, en lo adjetivo<sup>23</sup>.

En caso contrario, esto es, ante la existencia de actividad administrativa que no implique ejercicio correlativo de autoridad en el sentido de limitación o restricción de derechos<sup>24</sup>, será

---

<sup>21</sup> BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. 1, pp. 705-708; HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 74 y 90.

<sup>22</sup> GAMERO CASADO: ob. cit., pp. 50-140. Véase recientemente también, por ejemplo: TOSCANO GIL, Francisco: «Análisis de las transformaciones actuales del Derecho Administrativo en España». En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 22. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019, pp. 351-358.

<sup>23</sup> Cfr. GAMERO CASADO: ob. cit., pp. 97-104. Para el caso venezolano se sostiene, en términos distintos pero en el fondo equiparables: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 165. Puede verse también, en la doctrina venezolana, por ejemplo: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. TSJ. Caracas, 2003, pp. 546-553 (aunque el autor se aparta parcialmente de la concepción funcional de la Administración Pública).

<sup>24</sup> Esa noción amplia de potestad es la que se propone en: GAMERO CASADO: ob. cit., pp. 87-93. En Venezuela, la noción estricta de potestad se

admisible la presencia del Derecho privado, siempre y cuando se respeten los «núcleos duros» del Derecho Administrativo, delimitados constitucionalmente. A saber, la titularidad de la competencia por parte del órgano correspondiente, el procedimiento administrativo legalmente estatuido y, por último, pero no menos importante, la finalidad de servicio al interés general (o el servicio a la ciudadanía, en los términos del artículo 141 de la Constitución venezolana)<sup>25</sup>.

Será, pues, el propio Derecho Administrativo –interpretado en atención a los lineamientos constitucionales, como siempre<sup>26</sup>– el que dictará las premisas para determinar la necesidad de su aplicación estricta, o bien su coexistencia con el Derecho privado, en las diversas áreas del ejercicio de la actividad administrativa<sup>27</sup>.

---

equipararía con función administrativa y la amplia con actividad administrativa, según destaca HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 141. Véase también para el Derecho venezolano: ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), pp. 85-123.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 89-94 y 125-135. Sobre esa visión puede verse también, entre otros: GARCÍA SOTO, Carlos: «El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 11. Universidad Monteávila. Caracas, pp. 191-219 ([www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)); PEÑA SOLÍS, José: «Hacia una definición de Administración Pública desde la perspectiva constitucional, con especial énfasis en su carácter de organización servicial que actúa objetivamente, bajo la dirección del Gobierno». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 16 (Homenaje a Jesús Caballero Ortiz). Caracas, 2021, pp. 755-781 ([www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)).

<sup>26</sup> Y es que «... la opción por el Derecho Civil no puede quedar al arbitrio de la Administración, dado que ello es incompatible con la idea de la subordinación que maneja el artículo 141 constitucional», HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 192.

<sup>27</sup> Similar fenómeno se habría advertido, por ejemplo, para el caso francés, según se señala en: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 183. Y en la regulación alemana, esta premisa se expresa en análogos

Por supuesto que esa premisa requiere para su aplicación del estudio de cada ámbito sectorial en concreto, con el fin de determinar, no tanto las huidas o los retornos del Derecho Administrativo, sino el respeto al Derecho positivo, no solo en su forma, sino también en su propósito<sup>28</sup>. Ello, de manera de articular un sistema coherente en el manejo de las diversas situaciones y relaciones jurídicas, evitando así los tratamientos diferenciados injustificados o –peor aún– fraudulentos<sup>29</sup>. Pero profundizar en tal propósito escapa a las consideraciones generales aquí esbozadas.

Baste, pues, para concluir, que los clásicos elementos característicos de *potestas e imperium* propios de las relaciones de Derecho público reaparecen actualizados en sintonía con el Estado democrático constitucional de Derecho, no ya con miras a establecer separaciones tajantes y mecánicas entre el Derecho público y el Derecho privado, sino para identificar la obligante presencia del Derecho Administrativo. Mientras que, de no ser así, bien puede el Derecho privado regir a la Administración pública y a su actividad, salvo que las particularidades de cada caso aconsejen otra solución<sup>30</sup>.

---

términos, al aclararse que la libertad de elección del Derecho privado por parte de la Administración Pública estará supeditada a que se justifique su necesidad ante la falta de adecuación del marco *ius* publicista, así como que el primero no contradiga la aplicación del Derecho Administrativo (MAURER, Hartmut: *Derecho Administrativo alemán*. UNAM. México D. F., 2012, pp. 62 y 63).

<sup>28</sup> Ejemplos de tal fenómeno en el caso venezolano, para BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. I, pp. 688-717, la laborización de la función pública; la aplicación del Derecho Administrativo a la función administrativa; la proyección del Derecho Administrativo a entes con forma de Derecho privado, incluso no estatales; la privatización fáctica del ejercicio de actividades administrativas, entre otros.

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 173-175.

<sup>30</sup> Puede verse como marco referencial general para el caso alemán: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons-INAP. Madrid-Barcelona, 2003, pp. 294-298.



### 2.3. *¿Puede hablarse de un Derecho Administrativo privado o de un Derecho privado Administrativo?*

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

Y es que, como expone la doctrina nacional<sup>31</sup>, la expresión «Derecho Administrativo privado» tiene raigambre alemana, y para su desarrollo a ella debe remitirse<sup>32</sup>. En nuestro ámbito doméstico, con tal denominación se ha propuesto identificar a esa aplicación del Derecho privado a la Administración Pública y a la actividad que esta desempeña, a la que ya se ha hecho referencia, en tanto esa regulación privatista quedará modulada o matizada en virtud de regir no a sujetos privados, sino a esa *potentior* persona de la que se ocupa nuestra disciplina<sup>33</sup>. De tal suerte que la finalidad de servicio al interés general y a las personas, en última instancia, determinará que las instituciones del Derecho privado deberán amoldarse a esas exigencias.

Debemos objetar tal expresión. No tanto porque se rechacen las premisas teóricas que llevan a proponer su adopción, que en líneas generales compartimos, sino por innecesaria, e incluso quizá también, inconveniente, dada su imprecisión. Comenzando, porque

---

<sup>31</sup> Véase: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 178 y 179.

<sup>32</sup> En todo caso, véase: ibíd., pp. 178-181. Véase también, entre otros: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: ob. cit., pp. 93-105, quien lo describe como la aplicación del Derecho Administrativo privado a las entidades públicas que realizan funciones administrativas bajo forma de Derecho privado en lo que se refiere a la sujeción a los derechos fundamentales y a los principios del Derecho Administrativo.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 180, 181 y 184.

hablar de un Derecho Administrativo privado puede verse como un cierto contrasentido conceptual. Prueba de ello es que en su país y lengua de origen, entre los que aceptan ese vocablo<sup>34</sup>, parece haber una discusión terminológica en cuanto a si ese es el orden de los términos o, más bien, Derecho privado Administrativo<sup>35</sup>, lo que da una idea de la polémica que rodea incluso a la etiqueta. Lo anterior, en nuestro concepto, propicia como principal riesgo, y no es poco, el de la confusión.

Ciertamente, la modulación de las instituciones del Derecho privado en la hipótesis de su extrapolación al ámbito de la Administración Pública y, por tanto, al de las relaciones jurídico-administrativas, no es nueva<sup>36</sup>. Así, por ejemplo, es postulada por un destacado sector de la doctrina española para tratar de resolver los problemas que se plantean en la contratación administrativa<sup>37</sup>.

Pero esa modulación no implica, a nuestro modo de ver, que ante tales hipótesis el Derecho privado se «publifique», ni tampoco, si se adopta la expresión alterna, que el Derecho Administrativo se «privatice»<sup>38</sup>. Sencillamente, dado que las premisas

---

<sup>34</sup> También ha tenido críticas, como expresa: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: ob. cit., pp. 107-109.

<sup>35</sup> La última es, por ejemplo, la denominación empleada por MAURER: ob. cit., pp. 41, 46, 58, 62, 63, 103, 435, 436, 446-457, así como por SCHMIDT-ASSMANN: ob. cit., pp. 300-302.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, fue avizorada como tendencia por GIANNINI, Massimo Severo: *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. INAP. Madrid, 1980, p. 83 (citamos por la traducción española).

<sup>37</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 729-742. Para el caso venezolano, por ejemplo: ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), pp. 68-74.

<sup>38</sup> Expresiones empleadas para describir el fenómeno de la interaplicación Derecho público y Derecho privado a que se ha hecho referencia en: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 174, 175 y 189. Véase asimismo, refiriendo la teoría de los dos niveles de la doctrina alemana:

fácticas y jurídicas bien pueden resultar distintas en una relación jurídico-administrativa, como de hecho será lo usual, las reglas concretas de Derecho privado que se les apliquen habrán de considerar en sus efectos esas distinciones, en aras de mantener la coherencia entre los motivos y los propósitos. Puesto que nunca será igual, por ejemplo, un contrato nominado de Derecho privado en el que una parte sea la Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones, que esa misma contratación entre privados, partiendo, por ejemplo, de que el fin de lucro en sentido estricto no está presente en la primera<sup>39</sup>, y muy probablemente sí en ambas partes en el segundo caso<sup>40</sup>.

Así pues, no se discute que habrán de considerarse matices, modulaciones o flexibilizaciones, si se quiere, en ese Derecho privado aplicado a la Administración Pública, con el fin

---

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: ob. cit., pp. 101-103. Véase también, reseñando la utilización en la doctrina de las expresiones «publicización de algunas instituciones privadas y la privatización del Derecho público»: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Entre el Derecho público...»), pp. 55-58.

<sup>39</sup> Siguiendo con el hecho de que la Administración Pública no es libre de escoger a sus contratistas. Se trata de la conocida expresión de las derogaciones en más y en menos del Derecho privado que se imponen a esta, derivadas del servicio al interés general, postuladas por un clásico de la doctrina francesa incluso como criterio de identificación de la disciplina (RIVERO, Jean: «¿Existe un criterio de Derecho Administrativo?». En: *Páginas de Derecho Administrativo*. Editorial Temis-Universidad del Rosario. Bogotá, 2002, pp. 37-44, del mismo autor: *Derecho Administrativo*. UCV. Trad. de la 9.ª edición. Caracas, 1984, pp. 37 y 38). Sobre ello se volverá más adelante.

<sup>40</sup> Y es que, ciertamente: «La Administración no puede actuar como un particular», HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 147. Véase también para el caso venezolano, entre otros: BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. I, pp. 712-716. Aparentemente en contra: ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), p. 13, y decimos aparente por la matización que plantea en: *ibid.*, pp. 51, 109-119 y especialmente en la p. 137.

de adaptar institutos concebidos y evolucionados para regir relaciones *inter privatos* a relaciones jurídico-administrativas. Ello, incluso aunque la personificación de la Administración Pública tenga forma de Derecho privado. Pero no parece que eso justifique, en aras de mantener la necesaria precisión en el uso de los vocablos y conceptos jurídicos, importar un término, no solo híbrido, sino incluso, quizá, contradictorio de inicio, o cuando menos, polémico<sup>41</sup>. Después de todo, el Derecho privado que se

---

<sup>41</sup> Por análogas razones, no compartimos tampoco la afirmación de HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 195 y 222, atinente a que, en tales casos, el Derecho privado aplicado a la Administración Pública sería Derecho Administrativo en sentido amplio. Y en ese orden de ideas, no parece que tal aseveración pueda justificarse para evitar que mediante el empleo de normas privatistas en la actividad administrativa se disminuyan las garantías y libertades privadas, pues, como señala el propio autor, y ya se refirió, la aplicación siempre estará condicionada por los lineamientos constitucionales respectivos. De allí que, adoptando la terminología más al uso en el caso venezolano, sea que la Administración Pública actúe en ejercicio de la función administrativa (haciendo valer potestades administrativas en sentido clásico), o acuda a la noción de actividad administrativa regida parcialmente por el Derecho privado, en ambos casos la limitación vendrá impuesta por los principios de supremacía constitucional, juridicidad, responsabilidad y respeto a los derechos y garantías constitucionales. Y es que, como reitera el propio autor, el principio de juridicidad en su vinculación positiva delimitará siempre el actuar de los órganos que ejercen el Poder Público, comenzando por la propia Administración Pública. Por ende, esta nunca podrá actuar como un particular sin arriesgarse a la respectiva sanción de nulidad. De hecho, en la propia obra se señala que el ejercicio de potestades administrativas de limitación solo es posible con apego al principio de juridicidad en su vinculación positiva, para agregar que, en el caso venezolano, la carencia de anclaje legal en este asunto ha sido producto del debilitamiento de las garantías ciudadanas (libertad económica y propiedad) (ibíd., pp. 216 y 217). Así pues, lo que ha fallado no es el Derecho Administrativo o el privado, sino su falta de aplicación conforme a la Constitución. Es decir, una huida del Derecho a secas, como señala el mismo autor (pp. 217 y 218, nota 15). Véanse también, entre otros, las consideraciones generales

aplica en tales casos sigue siendo eso, Derecho privado, solo que en él convergen también limitaciones o cambios determinados por su destinatario y, sobre todo, por su propósito<sup>42</sup>.

No obstante, muy lejos se está de afirmar, como creemos haber expuesto brevemente en epígrafes previos, que el Derecho Administrativo y el Derecho privado estén tajantemente separados en compartimientos estancos<sup>43</sup>. Ni en la actualidad, ni nunca lo han estado. Pero por eso no deja de ser cierto que el Derecho Administrativo y el Derecho privado mantienen cada uno su autonomía conceptual<sup>44</sup>, aunque puedan converger en múltiples ocasiones en su aplicación e incluso interaplicarse, dando lugar

---

que sobre el punto realiza para el caso español, por ejemplo: RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Administraciones Públicas y Derecho privado*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998, pp. 22-25.

<sup>42</sup> Para el caso alemán, puede verse: MAURER: ob. cit., p. 46. De allí que discrepamos de la afirmación de que no es posible sostener en Venezuela que el Derecho Administrativo se reduzca a normas de Derecho público, HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), p. 184. Entendemos que sí, comenzando porque de lo contrario se atenta contra la derivación lógica de género-especie. Lo que sí no es posible afirmar es que el Derecho Administrativo se aplique exclusivamente a la Administración Pública, pero eso es cosa bien distinta.

<sup>43</sup> Entendemos que ese es el sentido que le da al término: «publicización» del Derecho privado, BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. 1, pp. 715-717, es decir, aplicación del Derecho Administrativo a áreas que en otros tiempos se regían exclusivamente por este último, resultando convergencias entre ambos. En similar sentido: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Entre el Derecho público...»), pp. 55-58.

<sup>44</sup> Se muestra en contra HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 185 y 186, quien invoca la presencia de un sistema monista y judicialista en el que la justicia administrativa forma parte del Poder Judicial, en lugar del modelo francés dualista. La última afirmación es indiscutible, mas no parece lucir como una premisa pertinente para postular la negación de la autonomía del Derecho Administrativo.

a resultados ajenos a los que hubiera producido la aplicación exclusiva o excluyente de uno o de otro<sup>45</sup>.

De allí que en los casos en que la doctrina hace referencia, por ejemplo, al Derecho Administrativo Constitucional, o incluso al Derecho Civil Constitucional, se está refiriendo a la constitucionalización o penetración de los valores, principios y normas de la Carta Magna y del constitucionalismo contemporáneo en esas disciplinas, o a su regulación básica en tal instrumento. Asunto que no es del todo novedoso, ni puede serlo, pero que ha adquirido un cariz peculiar en las últimas décadas. En suma, se trata de expresiones que han adquirido carta de naturaleza desde hace décadas, para denotar la relevancia de la Constitución en tales ámbitos o materias<sup>46</sup>.

En cambio, con la expresión «Derecho Administrativo privado» o «Derecho privado Administrativo», la ambigüedad

---

<sup>45</sup> No vemos que la constatación del último fenómeno afecte tal autonomía dogmática, como se postula en: *ibíd.*, pp. 186 y 187. Antes bien, somos del criterio de que la interaplicación o convergencia del Derecho público y del Derecho privado en la actividad administrativa viene a confirmar la autonomía de cada una de esas ramas. En lo que sí coincidimos es que no puede sostenerse, como en el Derecho Administrativo francés clásico, que esta es una regulación exorbitante o que la aplicación del Derecho privado a la Administración Pública implica una función que no le es propia. Pero tales asertos no nos lucen como obstáculos de peso al mantenimiento de tal autonomía, por las razones ya esbozadas en estas páginas. Quizá el énfasis en tales propuestas, como parece desprenderse, por ejemplo, de lo afirmado en: *ibíd.*, pp. 192-195, obedece a un intento de separarse de las concepciones del Derecho Administrativo como Derecho estatutario, especial o exorbitante, lo que no es censurable. Pero llegar a predicar tales consecuencias de ese deslinde parece innecesario.

<sup>46</sup> En la doctrina venezolana, por ejemplo, véanse *in totum* los ya citados: ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*Derecho Administrativo Constitucional*); DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Derecho Civil Constitucional...*).

persiste a pesar de la explicación que se le da al término<sup>47</sup>. Así pues, de adoptarla, al menos como la ha postulado un respetable sector de la doctrina venezolana, nos parece que los riesgos están a la vista (la precisión es una exigencia fundamental en el empleo de los términos en cualquier parcela del conocimiento). Tales amenazas parecen desaconsejar, pues, su generalización.

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

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

---

<sup>47</sup> En el caso español, de forma similar al alemán, se propuso su uso para resaltar la sujeción a los derechos fundamentales en el caso del ejercicio de potestades públicas por entes estatales privados (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: ob. cit., pp. 156-167). Mas lo cierto es que, al menos en el ordenamiento venezolano, el respeto a los derechos constitucionales de tales actuaciones está jurídicamente fuera de duda.

### 3. TRES CONVERGENCIAS CONCRETAS DEL DERECHO PRIVADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Veamos brevemente ahora tres ejemplos concretos de la interrelación entre el Derecho privado y el público en la aplicación del Derecho Administrativo venezolano.

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

El tema del contrato administrativo ha ocupado la atención —quizá en exceso<sup>48</sup>— de la doctrina administrativista por décadas y, en el caso de la jurisprudencia, desde hace casi ochenta años, cuando el máximo Tribunal emite el precedente que parece darle carta de naturaleza a la figura del contrato administrativo en el Derecho venezolano<sup>49</sup>, con características más o menos análogas a las del clásico modelo francés<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Aun cuando, ciertamente, se trata de uno de los aspectos medulares del Derecho Administrativo, como sostiene: BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, p. 625.

<sup>49</sup> Cfr. ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), p. 25; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «Evolución y desafíos del nuevo contrato Administrativo». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 151-152. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 60 y 61. Una recopilación de la evolución jurisprudencial durante las últimas dos décadas del pasado siglo puede verse en: ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna: *Jurisprudencia de contratos administrativos (1980-1999)*. Editorial Sherwood. Caracas, 1999.

<sup>50</sup> Una referencia general al tema puede verse en TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Las actuaciones bilaterales: Los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, dir. Caracas, 2012, pp. 221-257, y sobre todo, en la



La controversia primordial, y de la cual derivan prácticamente todas las demás, se centra en determinar si existe o no esa categoría jurídica, con caracteres y efectos que la identifican, por oposición al contrato privado o de Derecho privado, ambos como subespecie del género: contratación pública o estatal<sup>51</sup>.

La discusión, sin embargo, adquiere especial trascendencia a partir de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, como consecuencia de un equívoco<sup>52</sup>, en ese texto legal se incorporó como criterio que en algunas hipótesis determinaba la competencia de la Sala Político-Administrativa del máximo tribunal para conocer de ciertas causas, el que estas se originaran en una pretensión interpuesta con ocasión de una relación jurídica

---

bibliografía allí citada. La tesis clásica fue la adoptada originalmente, por ejemplo, por BREWER-CARIÁS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 577-582 y 623-624. No obstante, luego, el autor modificó sus criterios, como resumimos en: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Lo contencioso del contrato (cincuenta años después)». En: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G., coord. Caracas, 2015, pp. 280-289. Véase también en la misma obra: GARCÍA SOTO, Carlos: «La teoría de los contratos administrativos», pp. 241-250.

<sup>51</sup> BREWER-CARIÁS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 642-647.

<sup>52</sup> Cfr. CABALLERO ORTIZ, Jesús: «Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos». En: *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000, pp. 60-62 y del mismo autor: «¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?». En: *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. T. II. Civitas. A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ, coords. Madrid, 2003, p. 1775; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana». En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4.<sup>a</sup>, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 172 y 173.

surgida al amparo de un negocio jurídico contractual (artículo 42.14)<sup>53</sup>. Específicamente, según el precepto legal, de un «contrato administrativo» celebrado por los entes públicos político-territoriales: República, estados y municipios.

Renovada, pues, por el Derecho positivo, la importancia práctica del contrato administrativo como categoría jurídica propia en razón de sus implicaciones procesales, lo fue también su estudio, y el mismo originó dos posiciones antagónicas, a saber: una negadora de la existencia teórica y conceptual de tal instituto, y la opuesta, su defensora. Al examinar los señalamientos de la primera para contradecir las premisas que sostienen la presencia de tales contratos quedará claro el panorama doctrinario de cada posición (anverso y reverso de la moneda). De allí que, por razones de obligada concisión, nos centraremos en resumir algunos de los argumentos de las tesis que objetan al contrato administrativo como figura autónoma en nuestro medio<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Véase BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 622, 623 y 653-657. Ese régimen legal conformó lo que la doctrina denominó el contencioso de los contratos administrativos. Véanse entre otros: *ibíd.*, pp. 799-807.

<sup>54</sup> Puede verse en la doctrina venezolana en la última década, además de la bibliografía ya citada, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, José: «El contencioso de los contratos administrativos». En: *XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos «Ricardo Hernández Álvarez». Barquisimeto, 2013, pp. 239-276; *La contratación pública en Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2015; *Ley de Contrataciones Públicas*. 4.ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014; SUBERO MUJICA, Mauricio: «La ineludible decadencia del contrato administrativo en el Derecho venezolano. Comentarios a propósito de la potestad de terminación anticipada del contrato». En: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*. T. II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 975-1006, y del mismo autor: «Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 9. Universidad Monteávila

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

De tal manera, las tesis negadoras se fundamentan en la ya mencionada interaplicación del Derecho público y privado a la actividad administrativa, incluyendo la contratación. Por consiguiente, según estas, no hay contratación estatal regulada entera y únicamente por el Derecho privado, ni puede haberla<sup>55</sup>. A su vez, no hay contratos privados –o de Derecho privado– de la Administración Pública<sup>56</sup>.

---

CIDEP. Caracas, 2016, pp. 91-144 ([www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)); HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del contrato administrativo». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10 (Homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén). Caracas, 2018, pp. 189-208 ([www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)).

<sup>55</sup> BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 646 y 647. Y es que: «En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración» (p. 653).

<sup>56</sup> Baste pensar en las normas administrativas que regularán la competencia del ente público contratante, el procedimiento que regirá esa contratación y la ejecución de esta, y las que precisen su propósito y finalidad. Y es que, como ya se señaló, la Administración Pública nunca actúa como un particular, aunque en ocasiones pueda valerse de las normas diseñadas para regir las relaciones entre estos últimos. De allí que se enfatice que en la contratación estatal habrá preponderancia en todo caso, del Derecho Administrativo

A ello se agrega el cuestionamiento de los dos criterios fundamentales de identificación del contrato administrativo delineados por la jurisprudencia, e inspiradas en el modelo francés. Esto es: la existencia de «cláusulas exorbitantes» (no usuales en la contratación privada), expresas o implícitas en el negocio jurídico, y la finalidad de servicio público que debe inspirar su celebración y ejecución<sup>57</sup>.

Esas «cláusulas exorbitantes»<sup>58</sup>, noción imprecisa como pocas, se hacen aún más etéreas por cuanto, con la tesis que postula su existencia incluso aunque no estén en el texto del contrato ni en la normativa que lo rige, terminan entonces convirtiéndose en una suerte de arcanos prestos a ser sobrevenidamente identificados e invocados por la Administración Pública durante la fase de ejecución contractual<sup>59</sup>. Todo ello, en detrimento de la seguridad jurídica y, en muchas ocasiones, de los derechos contractuales del particular contratista.

Pero si se opta por el segundo criterio para identificar al contrato administrativo, esto es, el de la finalidad de servicio público, no desaparece la inseguridad jurídica que lleva consigo el previo.

---

o del Civil, dependiendo del caso, BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 626-629, 644 y 645. Véase también, recientemente: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. («El rapto del Derecho...»), p. 202.

<sup>57</sup> BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, p. 643.

<sup>58</sup> Sobre ellas pueden verse, entre otros: *ibíd.*, pp. 648-652.

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, MUCI BORJAS, José Antonio: «Contratos administrativos y potestades exorbitantes. Reflexiones en torno a las potestades exorbitantes cinco décadas después de la publicación de *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo* del profesor Brewer-Carías». En: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G., coord. Caracas, 2015, pp. 264-278; HERNÁNDEZ G.: ob. cit. («El rapto del Derecho...»), pp. 196-199.

La imprecisión con que la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana manejó siempre esa segunda noción, agravada en las últimas dos décadas, determina que, ante una controversia judicial derivada de la celebración o ejecución de un contrato celebrado por la Administración Pública, será contrato administrativo o contrato privado, en última instancia, lo que el juez diga<sup>60</sup>.

Si se agrega que la diferenciación de categorías (contrato administrativo-contrato privado) apareja en la tesis clásica la existencia o no de un *ius variandi* también exorbitante, entre otras cláusulas exorbitantes, la bandeja estaba servida para que el contrato administrativo –con sus implicaciones sustantivas y procesales– resultase un elemento notablemente perturbador en las previsiones contractuales. Y también, por supuesto, en las financieras y económicas, de cualquier privado contratista de la Administración Pública<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Y en el caso de la actual jurisdicción contencioso-administrativa venezolana que desdice de sus cometidos constitucionales para fallar siempre en favor de la Administración Pública, el resultado ya está predeterminado. Ello a pesar de que, recientemente, por ejemplo, se ha reiterado que los elementos subjetivo y material para identificar al contrato administrativo son *ex ante* y no creados artificialmente *ex post* para transmutar un contrato de la Administración en un contrato administrativo (FRAGA PITTALUGA, Luis: «Presentación». En: BREWER-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 jurisprudencial*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, p. 27). De allí que se acoten los riesgos que la indebida expansión del contrato administrativo puede generar en manos de Estados fallidos o disfuncionales (p. 28), como justamente se evidencian en la obra allí presentada.

<sup>61</sup> Véase recientemente, entre otros: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. («El rapto del Derecho...»), pp. 204-207, y del mismo autor: «El régimen jurídico de la concesión y el contrato de obra en el Derecho Administrativo venezolano y las alianzas público-privadas». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 22. CIDEP. Caracas, 2021, pp. 97-106 ([www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)). Desde una perspectiva más general: LINARES BENZO,

A esas objeciones se añade otro argumento destacado más recientemente<sup>62</sup>. La presencia de cláusulas exorbitantes implícitas atenta contra el principio de juridicidad de la actividad administrativa, en su modalidad de vinculación positiva, que es la predominante en el Derecho Administrativo venezolano y la consagrada legislativamente. Por tanto, no es solo un problema de seguridad jurídica o de desigualdad contractual manifiesta e injustificable. Es que la tesis de los poderes implícitos –que es a la que conduce en última instancia la aceptación de las cláusulas contractuales exorbitantes no escritas– es contraria a ese principio cardinal del Derecho Administrativo y, por tanto, de la actividad administrativa.

Así las cosas, en previa ocasión sugerimos que la discusión se encontraba algo estancada en nuestra doctrina<sup>63</sup>, toda vez que, incluso luego de que se produjeron cambios legales que determinaron la desaparición de las previsiones que se referían a la categoría del contrato administrativo, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, la controversia se mantenía en los mismos términos de siempre<sup>64</sup>. A tal planteamiento respondían los defensores del mantenimiento de tal instituto con un argumento muy respetable, a saber: una categoría jurídica no desaparece porque no se encuentre en el Derecho positivo<sup>65</sup>. Ello es cierto, pero

---

Gustavo: «Han discrepado muchos autores. El equilibrio financiero del contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas». En: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G., coord. Caracas, 2015, pp. 251-263.

<sup>62</sup> *Cfr.*, por ejemplo, HERNÁNDEZ G.: ob. cit. («El rapto del Derecho...»), pp. 202-204.

<sup>63</sup> TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Las actuaciones bilaterales...»), pp. 233-235.

<sup>64</sup> No en todos los casos, como puede verse, por ejemplo, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Evolución y desafíos...»), *passim*.

<sup>65</sup> ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo general. Acto y contrato administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 258-259. Véase

en tal caso, la persistencia del instituto debe responder a su utilidad conceptual o práctica o, mejor aún, a ambas. Y en el caso del contrato administrativo, esto también puede cuestionarse. No porque no haya contratación pública o estatal, sino porque la diferenciación entre contratos administrativos y privados no respondía a un régimen jurídico realmente diferenciado, sobre todo, normativamente<sup>66</sup>. Y ese marco jurídico luce necesario en atención a que se está en el reino del principio de juridicidad.

No obstante, quizá el autor más representativo de la posición que en nuestro medio defiende a ultranza la existencia del contrato administrativo ha planteado un cambio, sutil en apariencia pero trascendente en su posición, que lo aproxima a las tesis negadoras. O mejor aún, que permite superar la controversia. Esto último por cuanto, como también tuvimos ocasión de acotar, buena parte de la polémica en este asunto venía oscurecida por discusiones terminológicas, que se sumaban a las de fondo<sup>67</sup>.

Ello es así porque, al señalarse que la teoría del contrato administrativo, caracterizado entre otros criterios por una preponderancia de normas de Derecho Administrativo<sup>68</sup>, descansa en la existencia de una serie de potestades normativamente reguladas, y que son las que permiten a la Administración Pública contratante

---

también del mismo autor: ob. cit. («El contencioso de los contratos...»), pp. 274 y 275.

<sup>66</sup> Cfr. TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Las actuaciones bilaterales...»), pp. 234 y 235; HERNÁNDEZ G.: ob. cit. («El rapto del Derecho...»), p. 203; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El contrato administrativo en el Derecho Administrativo global. Una perspectiva iberoamericana». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 217-219.

<sup>67</sup> TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Las actuaciones bilaterales...»), pp. 231-233.

<sup>68</sup> El matiz es importante, pues se admite que no hay aplicación exclusiva e irrestricta; ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), pp. 76 y 116.

hacer uso de una serie de poderes<sup>69</sup>, se produce un cambio trascendente. Se transita desde el *ius variandi*, fundamentado en la condición de ente público y en el servicio al interés general que preside la noción tradicional del contrato administrativo, a la *potestas variandi*, que se ancla en el ordenamiento legal. El resultado es que puede admitirse, entendemos que incluso por quienes adversan el vocablo, la existencia de un contrato administrativo normativamente delimitado en su tipificación, naturaleza, propósito y, lo que es más importante a los efectos de esta discusión, en cuanto a los deberes y derechos contractuales de cada parte, así como en lo concerniente a las potestades legales de la Administración Pública contratante<sup>70</sup>.

Y ello porque, en ese caso, tal contrato administrativo será el resultado de otorgar un término específico a un tipo de contratos cuyo régimen uniforme determina una categoría jurídica delineada por el correspondiente marco normativo<sup>71</sup>. Específicamente, los contratos que celebra la Administración Pública cuya regulación permite el empleo en caso de ser necesario de una serie de potestades públicas ajenas a las usuales en una relación

---

<sup>69</sup> Cfr. *ibíd.*, pp. 84-86, 94-99, 105-123, 136-137 y 143-153. Ya lo había adelantado BREWER-CARÍAS: *ob. cit.* (*Tratado de Derecho...*), vol. III, p. 653; en similar sentido: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *ob. cit.* («Evolución y desafíos...»), pp. 74 y 75.

<sup>70</sup> Y es que, para HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *ob. cit.* («Evolución y desafíos...»), p. 73, «Si realmente se reconoce y aplica la regla conforme a la cual los órganos que ejercen el Poder Público deben hacerlo conforme a la ley y al Derecho, da absolutamente igual que sea el calificado de Derecho público o de Derecho privado».

<sup>71</sup> Sin olvidar que, como acota la doctrina: «Cuánto tiempo se hubiese ahorrado la doctrina científica en meditar sobre la denominación de los contratos, las cláusulas exorbitantes o el régimen jurídico aplicable, si el legislador hubiese cumplido oportunamente la Constitución y de manera técnicamente correcta, coherente e integral, hubiese expedido un código de la contratación pública...» (*ibíd.*, p. 86).



contractual tradicional *inter privatos* (prescindiendo de los contratos de adhesión). A su vez, esos poderes derivarán no de una esencia supuestamente distinta a la de la contratación ordinaria, ni de unas cláusulas implícitas, ni mucho menos de una finalidad de servicio público invocada o descubierta sobrevenidamente, sino del marco normativo legal aplicable y ajustado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Bajo esas premisas, no parece que haya mucho que objetar.

Desaparece así el contrato administrativo importado por nuestra jurisprudencia del Derecho Administrativo francés clásico, pero acentuado en lo que respecta a darle poderes casi omnímodos a la Administración Pública en virtud de una laxa interpretación de sus caracteres identificadores. Y, en cambio, viene a sustituirlo el contrato administrativo, si se quiere mantener el término en obsequio a la tradición, delineado por el principio de juridicidad y con un régimen normativo que permite al particular que contrata con la Administración Pública saber a qué atenerse en lo que se refiere a los deberes y derechos de cada contratante. Al igual que en lo que respecta a las potestades de la Administración Pública, incluso en las hipótesis en que la última haga valer sus poderes administrativos más acentuados<sup>72</sup>.

Resuelto así el principal escollo sustantivo para la aceptación del contrato administrativo, entendido como especie del género contrato estatal o contrato público –la denominación no es lo que más importa, sino su régimen jurídico<sup>73</sup>– desaparece también en la dogmática –porque ya era así en el Derecho positivo–

---

<sup>72</sup> Cfr. ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*La teoría de la cláusula...*), pp. 162-168. Sobre esas potestades, puede verse, entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Evolución y desafíos...»), pp. 75-82.

<sup>73</sup> Sobre este asunto, véase también: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Evolución y desafíos...»), pp. 88 y 89.

su trascendencia procesal. Esto es, su existencia por oposición a un contrato privado cuyas controversias debían ser resueltas por la justicia ordinaria. Asunto que determinó –valga recordarlo– el nacimiento de tal figura en cuna francesa<sup>74</sup>, y que fue asumido en nuestro Derecho originalmente por la jurisprudencia.

Será, en cambio, la presencia de la Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones, incluso bajo la veste del Derecho privado, la que determinará la competencia de la justicia administrativa para conocer de las pretensiones que se interpongan con ocasión de las controversias que surjan de esa actividad contractual, o actuación bilateral, como la llama la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>75</sup>.

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

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

Previamente señalamos el fenómeno, constatado por la doctrina latinoamericana y, desde luego, la venezolana, de la interaplicación

---

<sup>74</sup> Cfr. BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, pp. 642, 643 y 652.

<sup>75</sup> En similar orientación, HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Evolución y desafíos...»), p. 88, señala: «... la propia Constitución reconoce que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para controlar la conformidad a Derecho de toda la actividad administrativa, lo que supone que el control jurisdiccional no se limita a constatar la sujeción al Derecho Administrativo, sino a todo el Derecho, situación ésta que conduce a que esta jurisdicción pueda conocer de los contratos regidos preminentemente por el Derecho público o predominantemente por el Derecho privado...».

del Derecho privado-Derecho público a la Administración Pública y a su actividad. Ello se refuerza –como ya se destacó– en virtud de la noción amplia de esta última como complejo orgánico, que incluye no solo una visión subjetiva, sino también funcional.

Consideramos que esa premisa contribuye a reforzar una tesis interpretativa que hemos planteado en previas oportunidades<sup>76</sup>. A saber, la de adversar la adopción de la fórmula española del sometimiento o sujeción al Derecho Administrativo de la actividad administrativa y de las pretensiones procesales, como criterio determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ordenamiento venezolano<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Véanse, además de nuestros trabajos ya citados: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Comentarios sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de pretensiones de nulidad de actos dictados por el Instituto de Aeronáutica Civil». En: *Anuario de Derecho Aeronáutico 2017*. CIDEP. Caracas, 2018, pp. 88-96; «Reflexiones sobre la vinculación entre el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Derecho de fondo aplicable. A propósito –una vez más– de la sentencia de la SPA-CSJ Fetraeducación». En: *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Editorial Jurídica Venezolana-Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Baker Mackenzie. Caracas, 2019, pp. 2039-2054 (publicado también en: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 394-405); «Sobre algunas intersecciones entre el juez administrativo y el juez ordinario en Francia, con especial referencia a la vía de hecho y a la protección de los derechos y garantías constitucionales. Diferencias con el caso venezolano». En: *Temas fundamentales de Derecho público en homenaje a Jesús González Pérez*. CIDEP-AVEDA-FUNEDA. D. UROSA MAGGI et al. coords. Caracas, 2020, posiciones 12240-12298 (versión Kindle).

<sup>77</sup> Tesis sostenida, por ejemplo, en UROSA MAGGI, Daniela: «La pretensión procesal administrativa». En: *El contencioso administrativo hoy*. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 103-128. Véase más recientemente de la misma autora, por ejemplo: ob. cit. («Aspectos esenciales...»), pp. 319-322. Véanse también los artículos 1, 2 y 4 del Anteproyecto de la Ley Reguladora del Sistema Contencioso-Administrativo, elaborado por Hildegard

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

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

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

---

RONDÓN DE SANSÓ, publicado en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 137. Caracas, 2000, pp. 421-464.

Resultando entonces diversas las premisas dogmáticas y conceptuales de las que parte la concepción orgánico-funcional de la Administración Pública para identificar al objeto del Derecho Administrativo, no parece aconsejable la importación de la cláusula de la sujeción o sometimiento a este último de determinada forma en que se exterioriza la actividad administrativa como criterio que delimita la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al contrario, partiendo de una interpretación sistemática de los lineamientos constitucionales que regulan a la justicia administrativa en el caso venezolano, sobre todo del artículo 259 constitucional, entendemos que el criterio orgánico, en el sentido de que la parte demandada sea una Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones<sup>78</sup>, se alza como el dato fundamental –auxiliado con otros en ciertos casos– y que arrojará luces sobre cuáles asuntos corresponden ser conocidos y decididos por el juez administrativo.

Así pues, ni la sujeción de la pretensión al Derecho Administrativo, ni tampoco que esta se interponga como consecuencia de una controversia derivada de una relación jurídico-pública no constitucional (posición predominante para el caso alemán<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> En similar sentido: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Evolución y desafíos...»), p. 88. Entendemos que es a ello a que se refiere HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 181 (nota 356) y 222, al hablar de la relación jurídico-administrativa como criterio determinante de competencia del juez administrativo.

<sup>79</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter: «La justicia administrativa en Alemania». En: *La justicia administrativa en el Derecho comparado*. Civitas. J. BARNÉS VÁZQUEZ, coord. Madrid, 1993, pp. 66 y 67; UHLE, Arnd y LEHZ, Marc: «La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania». En: *Modelos de justicia contencioso-administrativa*. Dykinson. S. ROSADO PACHECO, coord. Madrid, 2007, pp. 98-100.

y cuya adopción propuso un sector de la doctrina venezolana)<sup>80</sup>, nos parecen viables como criterios determinantes de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a otros ámbitos competenciales. Ello, sin perjuicio de que puedan servir como variables auxiliares o complementarias, en caso de dudas, o insuficiencias o efectos indeseables en la hipótesis de aplicación del criterio fundamental en este asunto, que no es otro que el de la competencia *ratione personae*, en razón de la naturaleza de la parte demandada (Administración Pública).

Veamos a continuación el último de los puntos concretos a resaltar en este tema de las confluencias del Derecho público con el privado.

### 3.3. *Los derechos reales administrativos*

#### 3.3.1. Concepto y caracteres identificadores

Partiendo de una posición doctrinaria ampliamente seguida en Iberoamérica<sup>81</sup>, puede señalarse que los derechos reales administrativos

---

<sup>80</sup> Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso-administrativo venezolano*. Sherwood. Caracas, 1998, pp. 59-65. Esa tesis es objetada también por HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Introducción al concepto...*), pp. 122 y 123, al señalar que no es el Derecho aplicable al fondo de la controversia, sino la presencia de una Administración Pública o de la actividad administrativa, lo que determina la competencia del juez contencioso-administrativo. De hecho, el mismo autor ha apuntado más recientemente que cualquier tipo de pretensión, así se dirija contra la actividad administrativa regida preponderantemente por el Derecho privado, será competencia de la justicia administrativa, véase: «Los recursos contencioso-administrativos». En: *Libro homenaje a Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. J. I. HERNÁNDEZ G., coord. Caracas, 2015, p. 337.

<sup>81</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Los derechos reales administrativos*. 2.<sup>a</sup>, Civitas. Madrid, 1989, *passim*.

son los derechos reales cuyo objeto constituyen bienes del dominio público<sup>82</sup>. Esto es, un derecho subjetivo de naturaleza real sobre un bien del dominio público<sup>83</sup>. Derecho que es, además, administrativo, ya que se somete a un régimen jurídico especial de Derecho Administrativo<sup>84</sup>, y –en principio, cabe agregar– no al Derecho privado.

Lo anterior, como consecuencia de que la Administración Pública sería la titular del dominio, por lo que el derecho real administrativo que tiene el particular frente a ella es un derecho real limitado (por su propia naturaleza de que no otorga la propiedad) y también por unas regulaciones de Derecho Administrativo distintas a las del Derecho Civil.

Ejemplo emblemático de ese tipo de limitaciones, el que esos derechos no puedan oponerse a la Administración Pública si esta última decidiese terminarlos válidamente (por revocación, caducidad o desafectación)<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, pp. 29, 36 y 37.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, pp. 29-36.

<sup>84</sup> *Cfr.* en similar sentido, entre otros: VERGARA BLANCO, Alejandro: «El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *Publicatio*, derechos reales administrativos». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 49. LexisNexis. Buenos Aires, 2004, p. 586; del mismo autor: «Los derechos reales administrativos. Un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con especial referencia a los derechos mineros)». En: *Actas de las XX Jornadas chilenas de Derecho público*. EDEVAL. Valparaíso, 1990, pp. 475-477; «La teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauriou, su lento reconocimiento y actual consagración como *genus y nomen iuris*». En: *Ensayos de Derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*. Universidad Externado de Colombia. A. MATILLA CORREA *et al.*, coords. Bogotá, 2013, p. 624.

<sup>85</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.*, pp. 36 y 37.

Habría, por otra parte, diversos tipos de derechos reales administrativos, tanto de goce como de adquisición<sup>86</sup>, cuyos variados contenidos recaerían sobre un haz de facultades reconocidas al concesionario sobre el dominio público, y que permiten la utilización del último<sup>87</sup>. Esas facultades determinan el contenido de cada uno, que es más variado que el de los derechos reales civiles dado que están sometidos a la regulación y a la acción de la actividad de policía administrativa. Por ello, su delimitación dependerá de la regulación de las leyes y de las respectivas cláusulas de la concesión<sup>88</sup>.

La paternidad del instituto se atribuye a HAURIOU, en primer término, con antecedentes en la doctrina italiana y alemana<sup>89</sup> y su desarrollo pormenorizado en la misma doctrina francesa, con RIGAUD<sup>90</sup>. Más recientemente se han replanteado polémicas

---

<sup>86</sup> *Ibíd.*, pp. 38 y 48.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, pp. 53, 54, 67, 68, 71 y 72. Son los llamados «usos especiales», MARIENHOFF, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*. T. v (Dominio público). 4.ª, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, pp. 18, 262, 387-393 y 452. Esa noción de que los derechos reales administrativos surgen de una concesión de bienes del dominio público es compartida, entre otros, en VERGARA BLANCO: *ob. cit.* («El novísimo derecho...»), p. 585. En análoga orientación: MATILLA CORREA, Andry: *La concesión administrativa*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2018, pp. 100-102.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.*, pp. 55-60.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, pp. 11-14. Véase también lo referido más adelante.

<sup>90</sup> DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMET, Yves: *Traité de droit administratif*. T. II (*Droit administratif des biens*). LGDJ. París, 1998, pp. 210-214 y GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.*, *passim*. Véase también al respecto, entre otros: VERGARA BLANCO: *ob. cit.* («Los derechos reales...»), pp. 460-466; VERGARA BLANCO: *ob. cit.* («La teoría de los derechos...»), pp. 600-609. Para el caso francés, recientemente: RICHER, Laurent: «*Les cent ans de la théorie des droit réels*». En: *Contrats et propriété publics*. LexisNexis. Montpellier, 2011, pp. 1-3 (<https://www.laurentricher.fr/wp-content/uploads/2020/07/Les-cent-ans-de-la-th%C3%A9orie-des-droits-r%C3%A9els.pdf>). Con especial detalle: BONIFÁCIO RAMOS, José Luís:



al respecto. Así pues, se comenzará por las críticas clásicas y sus respuestas, para luego referir algunos problemas planteados más contemporáneamente.

### 3.3.2. Objeciones dogmáticas a la existencia de los derechos reales administrativos y sus respuestas

La primera objeción a la existencia de los «derechos reales administrativos» se sostendría en que no cabe importar una institución del Derecho Civil al Derecho público. Cuestionamiento genérico que no encuentra mayor base, por lo que la doctrina se limita a responder que tal «importación» no está vedada, siempre que el instituto no resulte contrario a su nuevo contexto jurídico. En este caso, el Derecho Administrativo, que emplea una figura del Derecho privado para lograr sus fines<sup>91</sup>.

Luego, los dos principales argumentos esgrimidos frente a los derechos reales administrativos son: i. su pretendida incompatibilidad con la inalienabilidad del dominio público y ii. que esos derechos reales administrativos no tendrían eficacia *erga omnes*, contrariando una característica esencial de los derechos reales<sup>92</sup>.

Frente a ellos se señala que la inalienabilidad prohíbe el tráfico jurídico privado, no así el público, dado que este último justamente permite la existencia de los derechos reales administrativos, que, en tanto constitutivos de un régimen especial, respeta la afectación del dominio público<sup>93</sup>.

---

*Direitos Reais Administrativos: Ficção ou Realidade?* AAFDL. Lisboa, 2019, pp. 275-521.

<sup>91</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit., pp. 15-19.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 20. Véase también: VERGARA BLANCO: ob. cit. («Los derechos reales...»), pp. 466-478; VERGARA BLANCO: ob. cit. («La teoría de los derechos...»), p. 625.

<sup>93</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit., pp. 20-22. Más recientemente VERGARA BLANCO: ob. cit. («La teoría de los derechos...»), p. 612, señala: «en los últimos

En lo atinente a la segunda objeción, se responde que los derechos reales administrativos tienen eficacia inclusive frente a la Administración Pública, salvo en la línea de la precariedad.

---

años se ha producido un evidente renacimiento de la teoría de los derechos reales administrativos, por la fuerza de la ley, como recalca CHAPUS, pero la doctrina no ha tenido sino que aceptar esta nueva realidad regulatoria: la compatibilidad de la inalienabilidad del dominio público con la creación de derechos reales». Para el caso brasileño puede verse, entre otros: BOCKMANN MOREIRA, Egon: «*A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos*». En: *Direito Administrativo. Estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. Editora Forum. C. RODRÍGUEZ FERRERÍA JUNIOR y S. GUERRA, coords. Belo Horizonte, 2015, pp. 212-217 ([https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241739/mod\\_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20a%20concess%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os%20p%C3%BAblicos%20....pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241739/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20a%20concess%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os%20p%C3%BAblicos%20....pdf)). También se destaca que justamente la tesis de los derechos reales administrativos permite superar las limitaciones de la concepción original de la inalienabilidad, con el propósito de permitir el financiamiento privado de la construcción de infraestructuras necesarias, DE MACHETE, Rui Chancerelle: «*O domínio público e a rede elétrica nacional*». En: *Estudos de direito público*. Coimbra Editora. Portugal, 2004, pp. 1381-1385 (<https://portal.oa.pt/upl/%7Bf04f6bc5-5c73-43a8-b2ee-a39024967da6%7D.pdf>). Análoga referencia al propósito del auge de tal tesis en la actualidad la sostiene, por ejemplo, AGUILAR VALDEZ, Oscar Rafael: «Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas». En: *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Vol. 6, N.º 1, Curitiba, 2015, pp. 120 y 121 (<https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/6092>), y, en Francia, entre otros: GROSDIDIER, Jean: «*L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public: une reformulation a-propiétariste*». En: *Les annales de Droit*. N.º 7. Université de Ruen. 2013, pp. 128-135 (<https://journals.openedition.org/add/821>). Para el caso mexicano, puede verse: DORANTES DÍAZ, Francisco Javier: «¿Existen los derechos reales administrativos en México? Un planteamiento a partir de la dogmática y de la reciente reforma constitucional en materia energética». En: *Reforma en materia de hidrocarburos. Análisis jurídicos, sociales y ambientales en prospectiva*. UNAM. M. ANGLÉS HERNÁNDEZ *et al.*, coords. México D. F., 2017, pp. 28-30. En el Derecho costarricense puede verse: ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, Frank: «Derechos reales

Es decir, que el título jurídico que origina la concesión determinará los límites de ese derecho, lindes precisos y estrechos que dejarán toda una esfera de utilidad al derecho real<sup>94</sup>. Incluso, se sostiene que no hay ninguna precariedad en la titularidad de los derechos reales administrativos, sino un régimen jurídico con características distintas al civil<sup>95</sup>.

Sobre lo último, se afirma que, si bien es cierto que los derechos reales administrativo no son oponibles a la Administración Pública (mas sí frente a terceros), ello fue superado en el ordenamiento francés, en el sentido de que estos son susceptibles de ejercerse incluso frente a la Administración concedente, salvo en lo que respecta a la delgada línea de la precariedad. Y ella solo se

---

administrativos». En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 126. Universidad de Costa Rica. San José, 2011, pp. 71-73. Respecto a la vuelta al estudio del instituto por razones económicas, para el caso francés, recientemente, por ejemplo, RICHER: ob. cit., pp. 6-8.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit., pp. 24-25. En el caso de la concesión de dominio público, el principal derecho es al uso privativo del bien demanial, MATILLA CORREA: ob. cit., pp. 126, 162 y 163. En sentido similar, respecto a Portugal, puede verse, por ejemplo, Pereira Guerreiro, Sanda Cristina: *A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo*. Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2012, pp. 17 y 18 ([https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/natureza\\_juridica\\_direito\\_uso\\_privativo\\_dominio\\_hidrico.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/natureza_juridica_direito_uso_privativo_dominio_hidrico.pdf)).

<sup>95</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit., p. 26. Este mismo autor expone: «Una vez que ha nacido el derecho real administrativo, surge un nuevo bien susceptible de tráfico jurídico privado. El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo pueden ser objeto de los negocios jurídicos típicos del Derecho Civil» (p. 63) —en similar sentido: VERGARA BLANCO: ob. cit. («La teoría de los derechos...»), p. 624—, para agregarse que sobre estos derechos pueden recaer contratos civiles, pero con las limitaciones propias de su especial régimen administrativo (p. 65).

limitará a justificar que el ente público extinga unilateral y anticipadamente tal derecho cuando así lo exija el interés público<sup>96</sup>.

Por contraste, en todas las demás hipótesis, el derecho podrá ejercerse también frente a la Administración, por lo que la precariedad no es una característica consustancial a los derechos reales administrativos. Así pues, en tanto no exista el acto administrativo que formaliza la extinción unilateral del derecho, toda perturbación de la Administración en el ejercicio de este constituye una vía de hecho<sup>97</sup>. De allí que se señale que la concesión de uso de bienes demaniales no es precaria<sup>98</sup>, porque, de serlo, no sería

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, pp. 51 y 52. Para el derecho costarricense, véase: ÁLVAREZ HÉRNANDEZ: *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ PÉREZ: *ob. cit.*, pp. 52 y 53. Lo siguen, entre otros: MATILLA CORREA: *ob. cit.*, p. 146.

<sup>98</sup> MARIENHOFF: *ob. cit.*, pp. 398-404 y 435-438. En similar sentido VERGARA BLANCO: *ob. cit.* («La teoría de los derechos...»), pp. 625 y 626, afirma: «En estos términos, se ha entendido tradicionalmente, que los ocupantes de los bienes públicos ostentan un llamado “derecho real administrativo”, pero precario. El derecho precario se contrapone al derecho adquirido, esto es, aquél interés identificado en relación con una situación adquirida y considerada como digna de ser protegida. Se identifica este derecho adquirido, igualmente, al derecho a la mantención de una situación adquirida. La respuesta: la verdad es que esta “precariedad” no existe para el derecho real administrativo, ni más ni menos que ante cualquier otro derecho real, ni aún frente a la Administración. O, como se ha dicho con razón por DIEUDÉ, “el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público”. Su única particularidad en este aspecto (lo que por lo demás le llena de garantías ante el Derecho), es que se regirá por principios de Derecho Administrativo, como hemos señalado *supra*. En tal caso, obviamente, tiene la protección de todo derecho adquirido, y regirá, en plenitud, en caso de expropiación, una justa indemnización, etc. En efecto, según YANNAKOPOULOS, a primera vista el término derechos adquiridos precarios, podría sorprendernos. Pero, la adquisición de derechos no es incompatible con la precariedad. Estos derechos son protegidos en la medida en que la Administración no puede alterar la situación adquirida solo si las condiciones necesarias son reunidas».

concesión, sino otra fórmula de naturaleza autorizatoria, y que, al contrario, de ella emerge para el concesionario un derecho subjetivo perfecto, un derecho real administrativo<sup>99</sup>.

A lo anterior, cabría complementarlo con la reiteración de que tanto el acto administrativo formal que ponga fin al derecho en cuestión como la actuación material que lo ejecute será susceptible de revisión administrativa y control jurisdiccional de ser procedente.

En contra de la noción que plantea la doctrina mayoritaria sobre los derechos reales administrativos, se muestra recientemente, por ejemplo, un autor argentino. Su posición es original, pues, más que negar su existencia, propone un concepto totalmente distinto de estos, al asimilarlos más bien con la tesis propietarista de los bienes demaniales, y entenderlos así como los derechos que tienen los entes públicos sobre esos bienes<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> MARIENHOFF: ob. cit., pp. 413 y 455.

<sup>100</sup> BOTASSI, Carlos: «Capítulo 1. Dominio estatal». En: *Derecho Administrativo, dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*. Universidad Nacional de La Plata. C. A. BOTASSI, dir. y P. O. CABRAL, coord. Argentina, 2017, pp. 10 y 11, «Los derechos reales administrativos, en cambio, existen para satisfacer necesidades o intereses colectivos y, debido a ello, su titular es siempre el Estado en sentido amplio (...) El enfoque descripto contrasta con la posición clásica que postulaba la existencia de un único derecho real administrativo: el perteneciente al concesionario de un bien del dominio público (...) Según este enfoque existiría una sola manera de constituir un derecho real administrativo: la celebración de un contrato de concesión de uso –especial– de un bien del dominio público. No compartimos este criterio ya que en realidad el derecho del concesionario de uso de un bien del dominio público es de tipo personal. Su ejercicio se encuentra sujeto a las condiciones pactadas en el contrato que le dio nacimiento, es siempre temporal, impide alterar lo recibido, no resulta exclusivo, es revocable y no puede transmitirse a terceros. Todas estas calidades resultan incompatibles con el derecho real

Mientras que, en su criterio, la concesión demanial no originaría en su beneficiario derechos reales administrativos, ni siquiera derechos reales, sino de crédito.

Por último, recientemente, un sector de la doctrina portuguesa ha retomado el tema<sup>101</sup>, concluyendo en la inexistencia de derechos reales administrativos, y señalando que, en el caso de las concesiones de bienes demaniales, se está en presencia más bien de un derecho real –civil– similar, pero menos limitado que el de superficie<sup>102</sup>. Es decir, un derecho real civil de goce sobre cosa ajena<sup>103</sup>. Esta posición, aunque pródiga en epítetos descalificativos

---

y si bien se mira el derecho del concesionario así delimitado se parece más al derecho de un locatario que al de un propietario. En realidad, como también señala MARIENHOFF, la calificación de “derecho real administrativo” otorgada al derecho del concesionario tiene una finalidad práctica: dotar de fundamento jurídico a las acciones posesorias que se le reconocen contra el Estado concedente. Sin embargo esa finalidad práctica no debe llevarnos al extremo de alterar la naturaleza jurídica del instituto que no es otra que un derecho personal (...) El criterio que puede denominarse “amplio”, y al cual adherimos, afirma la existencia de varias especies de derechos reales administrativos, destacándose el derecho real de propiedad estatal –con sus dos vertientes: dominio público y dominio privado del Estado–, el derecho real sobre cosa ajena –servidumbre administrativa– y aún los derechos reales administrativos de garantía –prenda e hipoteca, regulados fundamentalmente por el Derecho público pero con fuerte incidencia de la legislación civil–. Desde luego que el dominio estatal, sin ser el único, es el derecho real administrativo más difundido y trascendente».

<sup>101</sup> *Cfr.* BONIFÁCIO RAMOS: ob. cit., p. 2.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, pp. 508-512. En el ordenamiento portugués, al menos para las concesiones del demanio hídrico, se ha llegado a sostener por otra parte que el derecho del concesionario es de usufructo, PEREIRA GUERREIRO: ob. cit., pp. 22 y 23.

<sup>103</sup> BONIFÁCIO RAMOS: ob. cit., pp. 599-604. El derecho real de superficie, al menos en el ordenamiento venezolano, es un derecho real limitado que consiste en el derecho que se tiene, aun no siendo propietario del suelo, a la propiedad de todo lo que emerja de este (DOMÍNGUEZ GUILLÉN,

hacia quienes mantienen la tesis de los derechos reales administrativos, a pesar de su abundante descripción de los antecedentes doctrinarios y de su tratamiento por los autores actuales, a mi modo de ver la obra no termina de demostrar con claridad la falta de justificación dogmática del instituto. No obstante, vale la pena referirla con un poco más de detalle.

El autor parte de la tesis de la existencia de derechos reales menores sobre bienes demaniales<sup>104</sup>, partiendo de la distinción entre dominio público y privado que formuló la doctrina francesa del siglo XIX, así como del relativismo de las reglas atinentes a la inalienabilidad e imprescriptibilidad<sup>105</sup>. De allí, señala que el consenso doctrinario llega hasta la aceptación de un derecho subjetivo a favor de los particulares en el uso privativo de bienes del dominio público mediante la concesión, pero las discordancias inician con la categorización de ese derecho<sup>106</sup>. Por ende, de la teoría de los derechos *sui generis* (no pueden ser los civiles por la prohibición impuesta por la inalienabilidad) se pasa a la de los derechos reales administrativos<sup>107</sup>.

Así pues, a partir de HAURIU, las concesiones demaniales darían lugar al surgimiento de una suerte de derechos reales limitados sobre el dominio público<sup>108</sup>, luego planteados como

---

María Candelaria y PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos: *Curso de bienes y derechos reales*. Editorial RVLJ. Caracas, 2022, p. 209). De tal suerte que, al afirmarse entonces que el derecho del concesionario es similar pero menos limitado que el derecho real de superficie, ni se le ha definido claramente, ni ello parece avenirse con la tesis del *númerus clausus* legal de los derechos reales.

<sup>104</sup> BONIFÁCIO RAMOS: ob. cit., p. 19.

<sup>105</sup> Ibíd., p. 125.

<sup>106</sup> Ibíd., p. 343.

<sup>107</sup> Ibíd., p. 365.

<sup>108</sup> Ibíd., pp. 366 y 367.

derechos reales de naturaleza administrativa por RIGAUD, o derechos reales administrativos<sup>109</sup>. Tesis acogida en el ordenamiento italiano, por ejemplo, por SANTI ROMANO, como verdaderos derechos reales sobre cosa ajena<sup>110</sup>.

Por su parte, BONIFÁCIO RAMOS señala la existencia de antecedentes en la doctrina portuguesa que han afirmado que la regla de la inalienabilidad de los bienes dominiales no impide que los particulares adquieran, bajo ciertas condiciones, poderes sobre ellas. En ese sentido, lo que se excluiría serían las relaciones comerciales entre estos y con la propia entidad pública<sup>111</sup>.

Adicionalmente, refiere la reciente reforma de la legislación francesa de 2006 (Código general de la propiedad de las personas públicas), que ha traído diversas posiciones doctrinarias, incluso la que entiende que con ella se produjo el fin de la regla de la inalienabilidad del dominio público<sup>112</sup>. Concluye este punto señalando reciente criterio del Consejo de Estado francés, en el sentido de que la constitución de derechos reales sobre el dominio público estatal supondría una autorización de ocupación temporal de este, lo que permite la edificación sobre el terreno correspondiente. Lo anterior, dado que esa autorización incide tanto sobre las construcciones como sobre el propio terreno<sup>113</sup>.

De ello, deriva el autor que los derechos reales administrativos no tienen mayor diferencia con los derechos reales civiles<sup>114</sup>,

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*, pp. 370-372.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, pp. 374 y 375.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 376.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, pp. 437-439.

<sup>113</sup> Acuerdo del Consejo de Estado N.º 390118 del 11-05-16 (*ibíd.*, pp. 440 y 441).

<sup>114</sup> *Ibíd.*, pp. 498, 514 y 520.



por lo que rechaza su existencia y su defensa doctrinal<sup>115</sup>. A ello, añade que, visto el carácter precario y no definitivo de tales derechos<sup>116</sup>, no pueden considerarse derechos reales administrativos, por lo que en su criterio se trata de derechos reales de goce sobre cosa ajena. Por consiguiente, propone la desestimación de la tesis de los derechos reales administrativos<sup>117</sup>.

Veamos a continuación la incidencia de la teoría de los derechos reales administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

### 3.3.3. Los derechos reales administrativos en el ordenamiento jurídico venezolano

#### 3.3.3.1. El Derecho positivo

Un lector ajeno a la realidad reciente de la legislación venezolana podría concluir, luego de revisar el instrumento legal más directamente vinculado con el instituto objeto de estudio en este epígrafe, en la inexistencia de los derechos reales administrativos en el Derecho positivo venezolano. Incluso, de cualquier derecho derivado del uso privativo de un bien demanial.

En efecto, la Ley Orgánica de Bienes Públicos<sup>118</sup> parece negar de plano su posible surgimiento, al disponer en su artículo 75:

---

<sup>115</sup> *Ibíd.*, pp. 499-507 y 597-599.

<sup>116</sup> No parece tomar en cuenta el autor lo suficientemente la existencia de derechos reales temporales sobre cosas corpóreas, como lo son los llamados derechos reales de goce o de garantía, o derechos reales limitados (DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 211, 212, 238, 383, 857-861, 941, 942 y 991-1001), y, curiosamente, la superficie suele encuadrarse como un derecho de duración indefinida (*ibíd.*, p. 211, nota 641).

<sup>117</sup> BONIFÁCIO RAMOS: *ob. cit.*, pp. 602-604.

<sup>118</sup> Decreto-Ley Orgánica de Bienes Públicos, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6155 extraordinario, del 19-11-14.

Las concesiones sobre bienes públicos no crean derechos reales; solo otorgan frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación del bien; de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.

Sin embargo, apenas un par de preceptos más adelante, el artículo 77 establece una regulación que luce contradictoria con esa premisa, al disponer, en la hipótesis de enajenación de bienes públicos, que: «... los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas...» tendrán derecho preferente para su adquisición.

Esta antinomia legal, inexplicable salvo por el hecho de que la calidad y coherencia de la legislación venezolana ha venido decayendo desde hace más de dos décadas hasta límites insólitos, ha hecho que la doctrina dude de la premisa en cuestión, como se verá más adelante. Y, en todo caso, resulta de difícil aplicación por el hecho de que el resto de la legislación va por el camino contrario. Para comprobarlo basta con referir algunos dispositivos normativos en concreto.

En primer lugar, el instrumento legal que establece las bases de la regulación del Poder Local. En efecto, pautan los artículos 73.2 y 174 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que las concesiones administrativas otorgan derechos<sup>119</sup>:

Artículo 73.- La prestación de los servicios públicos municipales podrá ser objeto de concesión, solo mediante licitación pública a particulares y bajo las siguientes condiciones mínimas

---

<sup>119</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6015 extraordinario, del 28-12-10.

establecidas en el contrato de concesión: (...) 2. Precio que pagará el concesionario por los derechos que le otorga la concesión y participación del Municipio en las utilidades o ingresos brutos por la explotación de la concesión. En el respectivo contrato de concesión se establecerán los mecanismos de revisión periódica de estas ventajas otorgadas por el Municipio...

Artículo 174.- El impuesto sobre inmuebles urbanos recae sobre toda persona que tenga derechos de propiedad, u otros derechos reales, sobre bienes inmuebles urbanos ubicados en la jurisdicción municipal de que se trate o los beneficiarios de concesiones administrativas sobre los mismos bienes.

En análoga orientación se encuentra la legislación sectorial. Esta acoge de una forma más explícita la existencia de los derechos reales administrativos en el caso de las concesiones mineras, conforme a la Ley de Minas<sup>120</sup>:

Artículo 24.- La concesión minera es el acto del Ejecutivo nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de recursos minerales existentes en el territorio nacional.

La concesión minera confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.

Más contundente, al casi asumir en su totalidad la definición del instituto (salvo en lo que concierne a lo «administrativo») el mismo texto legal en otro precepto:

---

<sup>120</sup> Decreto-Ley de Minas, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 5382 extraordinario, de 28-09-99.

Artículo 29.- El derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble. El concesionario podrá enajenar dicho derecho, gravarlo, arrendarlo, sub-arrendarlo, traspasarlo o celebrar sobre el mismo sub-contrataciones para la explotación, mediante permiso previo otorgado por el Ministerio de Energía y Minas, siempre y cuando demuestre efectivamente que la negociación cuya autorización se solicita, se hará exclusivamente para el eficiente desarrollo del proyecto de explotación, previamente aprobado este Ministerio dentro de los lapsos autorizados para la ejecución del mismo.

La referencia a que las concesiones del dominio público implican el surgimiento de derechos reales para los concesionarios se encuentra también en otras leyes. Por ejemplo, el artículo 107 de la Ley de Bosques<sup>121</sup>:

Artículo 107.- Transferencia de derecho. La transferencia o cesión de derechos otorgados en los instrumentos de control previo para el uso y aprovechamiento del patrimonio forestal, solo podrá ser realizada previa autorización del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de ambiente. Se considera como transferencia de los derechos, la cesión del control efectivo sobre su titular a través de la venta de acciones u otra transacción equivalente.

O el artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>122</sup>, que los considera *intuitu personae*:

---

<sup>121</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 222, de 06-08-13.

<sup>122</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 610, de 07-02-11, «reimpresión por error material».

... Los derechos sobre el uso y explotación del espectro radioeléctrico derivados de una concesión tienen carácter personalísimo, en consecuencia no podrán cederse o enajenarse ni se adquieren o transmiten por sucesión, por efecto de los contratos, de la fusión de compañías o por prescripción...

De forma similar, y con esto concluye la enumeración de ejemplos<sup>123</sup>, el artículo 76 de la Ley de Aguas<sup>124</sup>. También en este caso la normativa parece apuntar al carácter personalísimo de la concesión de aprovechamiento de ese bien demanial. No obstante, en previa ocasión manifestamos nuestros reparos a ello sobre la base de la propia Ley respectiva<sup>125</sup>.

Artículo 76.- Actos contractuales. Las concesiones y asignaciones de aprovechamiento de aguas son actos contractuales mediante los cuales se otorgan derechos e imponen obligaciones para el uso del recurso con fines de aprovechamiento.

Veamos a continuación el criterio de los tribunales sobre este asunto.

---

<sup>123</sup> Cabe referir también que los artículos 33 al 35 del Decreto-Ley Orgánica sobre la Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 5394 extraordinario, de 25-10-99), aplicable supletoriamente a las concesiones regidas por leyes sectoriales en virtud de su artículo 4, único aparte, consagran una serie de derechos de los concesionarios, aunque distintos a los que son objeto de estudio en este epígrafe.

<sup>124</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 594, de 02-01-07.

<sup>125</sup> TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Aproximación al estudio de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela». En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. N.º 24. Zaragoza, 2022, pp. 271 y ss.

### 3.3.3.2. La jurisprudencia

En una búsqueda –sin pretensiones de exhaustividad– se ubican estos dos precedentes que tratan el tema de los derechos reales administrativos, aunque difícilmente pueden sostenerse como verdadera jurisprudencia. El primero, de una manera concisa y categórica, toma posición clara respecto a su recepción en la legislación venezolana:

... la concesión minera confiere un derecho, en cuanto autoriza al concesionario para apropiarse, mediante su explotación, los frutos o productos de la mina (...) el derecho que se deriva de la concesión, ha de entenderse rectamente, en cuanto a su contenido, que es un derecho real inmueble, porque así lo califica expresamente la misma ley (artículos 109 y 105 de las leyes mencionadas). Tal es, pues, el carácter del derecho de explotar que confiere la concesión minera: es un derecho subjetivo en sentido estricto, o mejor aún, derecho público subjetivo patrimonial, y más precisamente, un derecho subjetivo de carácter patrimonial administrativo...<sup>126</sup>.

El segundo, más reciente, de la misma Sala Político-Administrativa, pero ahora del Tribunal Supremo de Justicia, abunda en referencias doctrinarias pero se limita a ello, sin asumir posición:

Como una consecuencia jurídica del principio que es el fundamento de esta teoría, el dominio público es insusceptible de propiedad privada, BERTHÉLEMY afirma categóricamente que la Administración en caso alguno es propietaria, y que esa

---

<sup>126</sup> CSJ/SPA, sent. de 21-12-67; *Gaceta Forense*. N.º 58. Caracas, 1967, 229/231; *cfr.* BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-74) y Estudios de Derecho Administrativo*. T. III, vol. 2. UCV. Caracas, 1972, pp. 923 y 924.

ausencia de todo derecho de propiedad puede explicar la inalienabilidad del dominio público. Esta teoría ha merecido la crítica favorable de los civilistas en Derecho comparado, entre otros la de COLIN y CAPITANT, para quienes «El dominio público son los bienes que sirven al uso de todos, como los ríos, los puertos, las calles, las plazas públicas. Esos bienes no están sometidos a las reglas del Derecho Civil concerniente a la propiedad. No se puede decir que el Estado sea propietario. En efecto, la propiedad se compone de tres elementos, el *usus* o derecho de uso, el *fructus* o derecho de percibir los frutos y las rentas, el *abusus* o derecho de enajenar. Ahora bien (...) el *usus* no pertenece al Estado sino al público, a todo el mundo (...) En cuanto al *abusus* o derecho de disposición, no puede estar en cuestión, por cuanto el uso al público al cual esos bienes están afectados no permite que ellos puedan ser afectados o gravados con derechos reales».

También existe una corriente importante en relación con los distintos criterios de la «dominicalidad», representada en la teoría de HAURIUO, para quien las dependencias del dominio público son «propiedades administrativas».

La «dominicalidad» pública, en su opinión, es esencialmente una forma de propiedad administrativa inalienable e imprescriptible. «Las dependencias del dominio público son propiedades administrativas afectadas formalmente a la utilidad pública (sea al uso directo del público, sea al uso de un servicio público) y que, por causa de esta afectación, son inalienables, imprescriptibles...». Así, pues, según esta definición, son dependencias del dominio público las cosas que, siendo propiedades administrativas, han sido objeto de una afectación formal a la utilidad pública.

La definición de HAURIUO sobre la «dominicalidad» pública está formada por dos elementos esenciales: la propiedad administrativa

y la afectación a la utilidad pública. En cuanto al primer elemento –por cierto, muy discutido–, como el mismo autor lo reconoce, puede afirmarse «que las dependencias del dominio público no son y no pueden ser objeto de propiedad por los particulares, desde el mismo momento en que son afectadas a la “dominicalidad” pública».

Como puede observarse, la idea de la «afectación» a la «utilidad pública» juega una función primordial en esta construcción. Si la afectación es a la vez la causa y la medida de la inalienabilidad, ésta no constituye un obstáculo jurídico –en la opinión de HAURIOU– para la existencia de derechos reales compatibles con la afectación, y por lo tanto nada se opone, según lo afirma, al derecho de propiedad del Estado. Este sistema que acuerda al Estado una «propiedad pública» es denominado «Teoría de los derechos reales administrativos»<sup>127</sup>.

### 3.3.3.3. La doctrina

Comencemos por la doctrina civilista. Un sector de ella, si bien no asume la defensa contundente del instituto, sí lo menciona, como «derechos reales administrativos» o «derechos reales públicos»<sup>128</sup>. Ello, a propósito de referir la posibilidad de que la legislación prevea su constitución sobre bienes públicos<sup>129</sup>. Específicamente, sobre bienes del dominio público, con su característica inalienabilidad (aun que para el autor, la inalienabilidad

---

<sup>127</sup> TSJ/SPA, sent. N.º 1090, de 11-05-00, extracto reiterado en sent. N.º 1410, de 22-06-00. El último párrafo parece no distinguir claramente entre la teoría propietarista del dominio público y el instituto de los derechos reales administrativos, categorías jurídicas interrelacionadas históricamente pero no necesariamente coincidentes. Detallar este asunto excedería del objeto limitado de este subepígrafe.

<sup>128</sup> LAGRANGE, Enrique: *Historia y actualidad del régimen jurídico de la propiedad agraria*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, p. 21.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, p. 20.



es sobre los derechos patrimoniales antes que sobre bienes en específico<sup>130</sup>). De allí que conceptúe a la inalienabilidad absoluta de los derechos sobre bienes demaniales como la prohibición de enajenación, entendiendo esta a su vez como un negocio jurídico entre vivos, de naturaleza contractual, traslativo de la propiedad u otros derechos subjetivos patrimoniales o constitutivo de derechos reales limitados<sup>131</sup>.

Así las cosas, según esta posición, no sería posible constituir derechos reales «civiles» sobre bienes demaniales en el ordenamiento jurídico venezolano, dada la noción de inalienabilidad absoluta que este emplea, predicable de los bienes demaniales entendidos como «propiedad pública», de acuerdo con el Código Civil<sup>132</sup>. Noción esta que limita el poder de disposición del ente público respectivo en virtud de la destinación que los sujeta a satisfacer un fin público y a regirse por normas de Derecho público<sup>133</sup>.

Más recientemente, se hace alusión a la existencia de los derechos reales administrativos como resultado del otorgamiento de concesiones de bienes del dominio público, con basamento en la doctrina administrativista. De ello se concluye que el artículo 75 de la Ley Orgánica de Bienes Públicos «... es de difícil comprensión y no resulta cónsona con lo que postula la doctrina más autorizada en el área del Derecho Administrativo...»<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pp. 12-15.

<sup>132</sup> «Artículo 525.- Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles».

<sup>133</sup> LAGRANGE: *ob. cit.*, p. 20.

<sup>134</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 145, nota 428. En similar sentido: GHAZZAOUÍ PIÑA, Ramsis: «Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público». En: *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso inter-nacional de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana-CAJO.

Por su parte, los pocos autores que abordan el asunto en la doctrina administrativista venezolana aceptan sin mayores cuestionamientos la presencia del instituto de los derechos reales administrativos<sup>135</sup>.

Así, por ejemplo, ARAUJO-JUÁREZ –siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ y a HAURIOU– señala que, como consecuencia del otorgamiento de la concesión sobre un bien del dominio público, se genera el derecho real administrativo al uso privativo (uso exclusivo y excluyente) del bien. Se amplía, pues, la esfera jurídica del particular concesionario, en lo que se conoce como un auténtico derecho real administrativo o un derecho público subjetivo<sup>136</sup>.

---

A. CANÓNICO SARABIA, coord. Caracas, 2014, p. 133; del mismo autor: «La caducidad como forma de extinción de las concesiones demaniales y las garantías del concesionario: el caso de las concesiones mineras». En: *Revista Derecho & Sociedad*. N.º 45. PUCP. Lima, 2015, pp. 334 y 335 ([www.revistas.pucp.edu.pe](http://www.revistas.pucp.edu.pe)), y «El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de reforma parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida». En: *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo*. UCAB. Caracas, 2016, p. 66 (<http://w2.ucab.edu.ve/boletin.derechoadmin.html>).

<sup>135</sup> No pretendimos haber realizado una búsqueda exhaustiva, pero en todo caso consideramos que los autores citados son representativos del estado de la cuestión en la doctrina nacional.

<sup>136</sup> ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo. Parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 757-761. Más recientemente, del mismo autor: *Derecho Administrativo general. Servicio público*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, pp. 240 y 241. En similar sentido, se señala que la concesión demanial confiere al particular un derecho real administrativo que tiene por objeto la utilización exclusiva del bien del dominio público durante cierto tiempo, BADELL MADRID, Rafael: *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela. S/e*. Caracas, 2002, p. 299. Análoga orientación sigue GHAZZAOUTI PIÑA: ob. cit. («Notas sobre...»), p. 133; ob. cit. («La caducidad como forma...»), p. 335; ob. cit. («El Decreto con rango...»), p. 66.

También más recientemente, se reitera la vinculación entre el título concesional, el uso privativo de bienes demaniales y los derechos reales administrativos. Se trataría de los derechos de explotación, las servidumbres administrativas sobre ciertos bienes y el derecho de uso de ciertas vías públicas a quienes son titulares de permisos. Tales derechos se caracterizan por tener por objeto a un bien demanial, quedar sometidos a un régimen de Derecho público propio del bien y conformar un verdadero derecho subjetivo que se incorpora al patrimonio del beneficiario del título administrativo que le permite el uso del bien de que se trate. Luego de ello, el autor constata la ruptura que respecto a esta doctrina representa el ya referido precepto negacionista del instituto contenido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos<sup>137</sup>. Como puede verse, salvo la inclusión de los derechos de uso de vías públicas mediante permisos de uso como derechos reales administrativos, lo que es objeto de cierta polémica en la doctrina, la tesis también se encuadra en los lineamientos teóricos generales del instituto.

Para finalizar este subepígrafe, cabe señalar que también quien suscribe recientemente se ha adherido a esta posición general de la doctrina venezolana, al menos para el caso de las concesiones de aprovechamiento del dominio público hídrico<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> TURUHPIAL CARIELLO, Héctor: *La actividad administrativa*. CIDEP. Caracas, 2021, p. 345.

<sup>138</sup> TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Aproximación al estudio...»), *passim*, «... si se entiende el derecho real administrativo como aquel mediante el cual el beneficiario de una concesión demanial tiene derecho a que la Administración Pública concedente, durante la vigencia del título —y por ende, en tanto no se produzca una terminación anticipada del mismo—, no solo le respete su derecho al uso, goce y aprovechamiento (según el caso) del bien concedido, sino que incluso tenga el deber de realizar prestaciones para su cabal ejercicio, así como aquel que pueda ser defendido frente a perturbaciones de terceros mediante el uso de los medios jurídicos de defensa respectivos, de una interpretación armónica de la Ley puede concluirse que se está en presencia de esta categoría de derechos».

#### 3.3.3.4. Una reflexión

Resalta en este breve vistazo –que en modo alguno pretende ser exhaustivo, se insiste– del tratamiento de los derechos reales administrativos en el Derecho venezolano, su escaso abordaje por la jurisprudencia, y en menor medida por la doctrina. La legislación, en cambio, los consagra claramente al menos en un texto legal de larga tradición, y en otros se enuncian algunos de sus caracteres. Incluso, la doctrina ha puesto de relieve lo contradictorio e incongruente de que la Ley Orgánica de Bienes Públicos haya pretendido su proscripción.

Ese limitado interés puede deberse, entre otras causas, a que la finalidad última del instituto, al lograr constituirse en una excepción a la regla de la inalienabilidad demanial, es favorecer la inversión privada en actividades de interés general. Inversiones que tendrán como objeto el aprovechamiento o mejora de bienes públicos mediante las fórmulas concesorias, y que requerirán, como contrapartida para su viabilidad económica, la constitución de derechos a favor de los particulares que esperan obtener ganancias al asumir el riesgo que conlleva esa inversión.

Es, pues, esa utilidad de los derechos reales administrativos la que ha hecho que el instituto haya readquirido auge en las últimas décadas, sobre todo con las reformas legislativas en algunos países de Europa e incluso en entornos más cercanos. Pero, en el caso de Venezuela, parece no haber resultado especialmente atractiva para el sector público.

En efecto, es bien sabido que las políticas públicas en nuestro medio han girado básicamente en torno al financiamiento de la actividad estatal por la renta petrolera y no en la actividad económica productiva, mucho menos la empresarial privada, en los últimos 90 años al menos. Así pues, no es de extrañar que la

legislación solo acogiera integralmente el instituto de los derechos reales administrativos en materia minera, que, aunque a la zaga de la de explotación de los hidrocarburos, ha sido tradicionalmente también una actividad generadora de ingresos para el sector público al menos en el último medio siglo.

No habiendo sido afectado el sector público venezolano –salvo a fines de la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado– por el fenómeno de la liberalización de la economía con la consiguiente ola de privatizaciones y de desregulación y reducción del Estado, por consiguiente tampoco se requirió buscar demasiadas fuentes de financiamiento público, ni tradicionales y novedosas, como sí se hizo en otros países. A su vez, el ordenamiento jurídico no recibió ni canalizó los cambios de políticas en ese sentido, pues el Estado rentista venezolano se mantuvo, salvo pequeños intervalos, hasta entrada la segunda década del siglo XXI, cuando quienes detentan el poder llevaron a la economía venezolana al colapso –incluso para parámetros de la región– y luego a la emergencia humanitaria compleja.

De allí, pues, entre otros factores, que el instituto de los derechos reales administrativos no haya sido especialmente atractivo para estudios monográficos detallados ni para el empleo práctico masivo, al menos al punto de generar criterios jurisprudenciales.

Queda para el futuro que la doctrina se ocupe con más detenimiento de esta categoría, en el sentido de intentar despejar el que parece mantenerse como su principal escollo. ¿Se trata de derechos reales administrativos realmente distintos a los regulados por el Derecho Civil? ¿Esa preponderancia innegable del régimen jurídico-administrativo que viene dada incluso por su origen en un título habilitante otorgado por la Administración Pública, les confiere una diferencia esencial respecto a sus homónimos civiles?

No es una respuesta la que hemos intentado ensayar en estas páginas, sino una aproximación general al tema. Por de pronto, baste con señalar que los derechos reales administrativos encuentran recepción, mayor o menor en cada caso, en la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolanas, demostrando que en ellos también convergen el Derecho Administrativo con el Civil.

### CONSIDERACIÓN FINAL

Con la cita borgiana al inicio de estas páginas se pretendió plantear de inicio que el tema aquí abordado no es del todo producto de un fenómeno exclusivo de los tiempos actuales. Baste remitir a una obra ya clásica de nuestra disciplina para demostrarlo<sup>139</sup>. Y es que las relaciones convergentes o divergentes entre el Derecho privado y el Derecho público han sido en muchos casos el punto de partida de este último. De allí el empeño de los iniciadores en el estudio del Derecho Administrativo en darle a este vocación de originalidad y autonomía, dada la imponente sombra del casi sempiterno Derecho Civil<sup>140</sup>.

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

---

<sup>139</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Civitas. Madrid, 1996.

<sup>140</sup> Cfr., por ejemplo: RIVERO: ob. cit. («¿Existe un criterio...»), pp. 27-44. Ese afán de autonomía es hoy innecesario, como destaca BREWER-CARÍAS: ob. cit. (*Tratado de Derecho...*), vol. III, p. 644.

Se trata de retos de siempre, pero, paradójicamente, más actuales que nunca. En estas páginas solo nos limitamos a esbozar algunas de las muchas aristas del problema, presentes en un ordenamiento jurídico en un tiempo y lugar concretos, destacando primeramente fenómenos comunes, tales como: la constitucionalización del Derecho Civil; la interaplicación del Derecho privado y público a la Administración Pública y a su actividad; o el uso del vocablo Derecho Administrativo privado o Derecho privado administrativo.

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

\* \* \*

**Resumen:** Se describen algunas convergencias del Derecho privado con el Derecho público en general y con el Derecho Administrativo en particular en el ordenamiento jurídico venezolano.

**Palabras clave:** Derecho privado; Derecho Civil; Derecho público; Derecho Administrativo; Contrato Administrativo; Contencioso-Administrativo; derechos reales administrativos.

\* \* \*

**Abstract:** *Some convergences of Private Law whit Public Law in general and with Administrative Law in particular in the Venezuelan legal system are describe.* **Key words:** *Private Law; Civil Law; Public Law; Administrative Law; Administrative Contract; Contentious-Administrative; Administrative Rights in rem.*