

## Tema 2. Caracteres

Sumario: DENOMINACIÓN: Derecho. Administrativo. Etapas. NATURALEZA: Derecho Público. Criterios. CARACTERES: Derecho común. Derecho normal. Derecho de equilibrio. Derecho estatutario. Derecho autónomo. Derecho nuevo. Derecho no codificado. RELACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO: Límites y relaciones. Delimitación. Derecho civil. CRISIS: Teoría de la huida del Derecho administrativo. Teoría de la vuelta o regreso. CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: Antecedentes. Etapas. Caracteres.

### DENOMINACIÓN

---

#### A. DERECHO

§63. **Ciencia jurídica** — Al hablar de los caracteres del Derecho administrativo debemos detenernos en la denominación y examinar la expresión Derecho administrativo que debe ser considerada como unidad conceptual y expresada en esas dos palabras, sin embargo vamos descomponerla así: (i) Derecho y (ii) administrativo.

El concepto Derecho pertenece a la teoría general del Derecho. El término Derecho no siempre se emplea con el mismo sentido, pudiendo por tanto hablarse de una pluralidad de acepciones de la misma. En este sentido, empleamos Derecho con mayúscula para referirnos a la norma, al Derecho en sentido objetivo. Se entiende por Derecho la regulación de los hechos, actos y relaciones jurídicas de la actividad humana impuesta por el Estado. Ahora, si se considera el total Ordenamiento jurídico como la totalidad de las normas que regulan la conducta humana, el Derecho administrativo es una parte, un sector de la totalidad del Ordenamiento jurídico.

De ahí que cuando se hace referencia al sistema de Derecho administrativo estamos refiriéndonos a una ciencia jurídica; pues si bien el Derecho es unitario está compuesto de diversas ramas o disciplinas jurídicas que son objeto de conocimiento y de una ciencia específica, pero al fin y al cabo una ciencia del Derecho que es el resultado de un largo proceso de elaboración.

#### B. ADMINISTRATIVO

§64. **Administración Pública** — Examinado el sustantivo Derecho, pasamos al análisis del adjetivo que le sigue, esto es, el término administrativo. ¿Por qué la razón de esta nomenclatura de llamarlo administrativo?

El adjetivo administrativo significa referente a la Administración Pública; nos indica la pertenencia subjetiva de la Administración Pública. De ahí que, generalmente, en la sistematización del Derecho administrativo un concepto clave es la Administración Pública al cual está referida esta disciplina jurídica. Es por ello que la mayoría de los autores, en sus definiciones del Derecho administrativo, mencionan a la Administración Pública.

**§65. División** — Finalmente, la doctrina divide el Derecho administrativo en general y especial. El Derecho administrativo general hace referencia a aquella parte de la teoría o de la ciencia del Derecho administrativo que formula las bases de las categorías jurídicas generales y amplias que cubren cualquier Ordenamiento jurídico positivo. Mientras que el Derecho administrativo especial se ha entendido como rama o especie de un género, que puede alcanzar una gran importancia y puede dar lugar, a su vez, a una serie de disciplinas o ramas especiales, como por ejemplo: el Derecho ambiental, el Derecho municipal, el Derecho urbanístico, el Derecho tributario, etc.

### C. ETAPAS

La elaboración o construcción científica del Derecho administrativo moderno, en opinión de la doctrina venezolana (A. MOLES CAUBET), es susceptible de ser descompuesta en diversas etapas o fases, así:

**§66. Etapa expositiva** — En el primer período, el Derecho administrativo no tiene más que un cometido descriptivo; es decir, se limita a indicar cuál es la materia propia del mismo y, a lo sumo, mostrar cómo son sus conexiones. De aquí que se le califique de Derecho administrativo en su etapa o fase expositiva, con precursores en Francia (L. A. MACAREL 1790/1851; L. M. DE CORMENIN 1788/1868; y M. J., DE GÉRANDO 1772/1842); y en Italia (C. D. ROMAGNOSI 1761/1835). Con obvia influencia francesa tendrá lugar en España el alumbramiento del Derecho administrativo con un conjunto de autores que han sido clasificados por A. NIETO como los ensayistas (F. AGUSTÍN SILVELA 1803/1857; J. DE BURGOS 1778/1848; A. OLIVAN 1796/1878).

**§67. Etapa temática** — En el segundo período, la simple conexión se convierte en problema y el problema requerirá de un método para conseguir las soluciones; sin embargo, las contribuciones jurídicas son solamente parciales, por concretarse a determinados temas; por eso resulta que, únicamente, cabe considerar con ello un Derecho administrativo en fase temática con una nueva generación: principalmente en Francia (L. AUCOC 1820/1910; A. BATBIE 1828/1887; T. DUCROQ 1829/1913; y E. LAFERRIÈRE 1841/1901) y en España, donde está representado por los sistematizadores (J. POSADA HERRERA 1814/1885; M. COLMEIRO 1818/1894; y V. SANTAMARÍA DE PAREDES 1853/1924).

**§68. Etapa sistemática** — Finalmente, el tercer período arriba a la concepción científica del Derecho administrativo, al sobrellevar el problema central que consiste en definir su esencia misma. Entonces determina “qué es el Derecho administrativo”, condición necesaria para darle la coherencia unitaria de un sistema. Con ello se configura un Derecho administrativo en su fase sistemática, en Italia con V. E. ORLANDO (1860-1952), creador de la denominada Escuela nacional de Derecho Público italiana (S. ROMANO 1875-1947, F. CAMMEO 1872-1939 y O. RANELLETTI 1868-1956); en Alemania (O. MAYER 1864-1924) y en Francia (M. HAURIOU 1856-1929, L. DUGUIT 1859-1928, y R. CARRÉ DE MALBERG 1861-1935); finalmente en España, caracterizado por los creadores (A. ROYO-VILLANOVA 1869/1958; J. GASCÓN Y MARIN 1875/1962; y L. JORDANA DE POZAS 1890/1962).

Desde ese punto de vista, podemos decir que el Derecho administrativo ha adquirido naturaleza científica a partir de esta última etapa, con una gran evolución a cargo de brillantísimos iusadministrativistas, durante la segunda mitad del siglo XX, y ya consolidada en los albores del siglo XXI, cuya influencia positiva se ha irradiado hacia nuestro Derecho positivo. El Derecho administrativo no es solo un conjunto de normas jurídicas de carácter coactivo, sino que también se puede abordar como un sistema normativo o como una disciplina científica del Derecho. De ahí que muchos autores, para pretender conceptualizar el Derecho administrativo, se refieren a él no solo como un conjunto de normas sino también como un conjunto de principios y categorías jurídicas que sistematizan al Derecho administrativo, sin duda alguna el monumento jurídico que Francia ha legado a los sistemas de Derecho público contemporáneo.

## NATURALEZA

---

### A. DERECHO PÚBLICO

**§69. Planteamiento** — El Derecho, al actuar sobre las diversas relaciones entre las personas, y de estas con el Estado, se divide en ramas o disciplinas jurídicas en atención a los particulares ámbitos en los que se desarrollan. Las dos clases de relaciones originan las respectivas concepciones sobre el Derecho público y el Derecho privado.

Las nociones, en su mayoría, caracterizan al Derecho administrativo como formando parte de un concepto más amplio como lo es el Derecho público. De modo que, para la mayoría de los autores, la rama más importante del Derecho público sería el Derecho administrativo. Pero además, el Derecho administrativo no solo forma parte del Derecho público sino que también forma parte del Derecho público interno.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a plantear una gran distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, lo que nos motiva a hacer la pregunta siguiente: ¿Por qué el Derecho administrativo pertenece al Derecho público y no al Derecho privado? La justificación es histórica y técnica. Esta tradicional bipartición se remonta, en sus orígenes al Derecho romano, distinción que todavía perdura y es aceptada por la mayoría de la doctrina; además de haber tenido diversas interpretaciones que pretenden explicar esta división atendiendo a muy diversos criterios.

## B. CRITERIOS

**§70. Teoría del interés** — Esta teoría tiene su origen en un pasaje de ULPIANO en el *Digesto*, donde los autores concluyen que el Derecho público estaría referido al interés público (al bien común, a las satisfacciones de la *res publicae*); mientras que el Derecho privado estará referido a la utilidad individual de cada uno de las personas.

Por tanto, sugieren que hay que hacerle una precisión a esta teoría, al señalar que se está frente al Derecho público cuando esa satisfacción del interés general es de modo directo y primario. De manera que, según esta teoría, habría que analizar cada norma para saber si la satisfacción del interés general se consigue de modo directo y primario.

**§71. Teoría patrimonial de las relaciones** — Esta otra teoría sostiene que el fin del Derecho público no son las relaciones patrimoniales mientras que, por el contrario, lo que caracteriza al Derecho privado es lo patrimonial.

Al respecto se señala que no siempre es así puesto que existen disciplinas del Derecho público donde lo principal es lo patrimonial y también en el Derecho privado existen ramas que no necesariamente son patrimoniales, como por ejemplo, el Derecho de familia.

**§72. Teoría de los derechos** — De acuerdo con esta otra teoría, el Derecho público sería un derecho obligatorio, el *ius cogens*, imperativo, y estaría contenido en normas que tienen por naturaleza este carácter; mientras que, por el contrario, el Derecho privado sería un Derecho dispositivo. Al respecto se observa que también en el Derecho privado hay normas imperativas.

**§73. Teoría de los sujetos** — Finalmente, según esta teoría, lo determinante serían los sujetos que intervienen en la relación jurídica. De modo que, en este sentido, se señala que en el Derecho público siempre será necesaria la presencia de sujetos de naturaleza pública, mientras que el Derecho privado se caracterizara por la presencia de sujetos privados.

Frente a esto último, se señala que no solo la presencia del sujeto público en la relación jurídica hace que la actividad se rija por el Derecho público. La presencia de la persona pública es necesaria pero no suficiente, pues no es suficiente su presencia, únicamente, sino que es necesario ir más allá y ver el carácter con que actúa el sujeto en la relación jurídica en cuestión. Para que la actividad se rija por el Derecho público es importante que el sujeto actúe con una posición y un carácter distinto a como lo haría un particular; lo que implicaría que el Estado y demás sujetos públicos actúen en posición de supremacía, en posición de *imperium*, de modo que la otra parte esté en una posición de subordinación; mientras que en el Derecho privado las posiciones son de igualdad (posición de coordinación).

**§74. Conclusión** — En mérito a lo anterior se observa que los distintos criterios que se han utilizado tienen un carácter histórico y contingente. En las distintas etapas de la evolución del Derecho priva uno u otro criterio. En todo caso, la distinción entre Derecho público y Derecho privado solo puede ser encaminada dentro del ámbito del Derecho positivo y, por lo tanto, provista de una trascendencia y consecuencias prácticas de singular importancia.

En este orden de ideas debemos observar que los textos positivos venezolanos admiten la existencia de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, otorgando incluso consecuencias diversas a unas y otras materias jurídicas, en razón de lo cual es necesario descubrir cuál es el criterio que aparece adoptado por el Derecho positivo para establecer dicha clasificación y qué consecuencias produce.

En resumen, en el Derecho positivo aparece, como fundamental, la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado: así, entre otras, se puede mencionar que existe una distinción entre las personas públicas y personas privadas; bienes de dominio público y de dominio privado; servidumbres públicas y servidumbres privadas; intereses públicos e intereses privados; documentos públicos y documentos privados; derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados; normas públicas y normas privadas; y finalmente, entre la materia propia del Derecho público y la materia jurídica constitutiva del Derecho privado. Por tanto, el verdadero fundamento de la distinción reside en una distinción por razón, no solo por la materia y contenido de las normas sino, sobre todo, por el fin que se proponen, por el objeto para que se dictan.

## CARACTERES

---

### A. DERECHO COMÚN

§75. **Concepto** — Cuando se estudia el Derecho administrativo se plantea el problema de su situación ante el doble dilema, así: (i) Derecho común o Derecho especial; y (ii) Derecho normal o Derecho excepcional.

Si bien, en sus orígenes, se calificó de Derecho especial, ha sido tan alta la dinámica expansión del Derecho administrativo que, en la actualidad, es frecuente calificarlo como un Derecho común, en función de su capacidad de autointegración. Esto es, ante la existencia de lagunas legales o de ley, cabe recurrir a los principios generales del Derecho que le son propios y a la interpretación analógica de sus normas.

Es por ello que la doctrina española (MEILÁN GIL) sostiene que no puede ponerse en duda que el Derecho administrativo es un *ius commune*. Dentro de la unidad del Derecho constituye un Ordenamiento jurídico sectorial completo, con principios, instituciones y categorías propias con capacidad de autointegración para resolver, en su ámbito, el problema último de las lagunas legales que plantea la realidad y las eventuales contradicciones que su aplicación pueda provocar.

En efecto, el Derecho administrativo como Derecho común de la Administración Pública tiende a regular la totalidad de las relaciones jurídicas en que este incide de modo completo y global, aunque en ocasiones se sirve instrumentalmente del Derecho privado.

### B. DERECHO NORMAL

§76. **Concepto** — Decir que el Derecho administrativo es normal, significa que las normas que lo constituyen son principios de un valor organizador general, de lo cual deriva: (i) la fuerza expansiva que le permite obtener de su propio seno las soluciones ante las lagunas legales o imperfecciones de la ley o norma administrativa; (ii) la aplicación de los principios generales del Derecho; y por último (iii) la aplicación de la doctrina de la analogía.

### C. DERECHO DE EQUILIBRIO

§77. **Concepto** — El sistema de Derecho administrativo se explica por el juego dialéctico de dos conceptos contrapuestos: por un lado la potestad pública y por el otro los derechos fundamentales. Ambos conceptos contrapuestos encuentran su unidad dialéctica en una idea superior que los trasciende y que, en el Derecho administrativo, no es sino traducción de la idea filosófica

del bien común: el interés general en cuyo núcleo se encuentran los derechos fundamentales.

Por tanto, es un Derecho de equilibrio, pues el Derecho administrativo está dirigido a regular una categoría de un sujeto particular: la Administración Pública. Sin embargo, la Administración Pública personifica el poder del Estado, quien ejerce prerrogativas exorbitantes al Derecho común para la realización del interés general.

En consecuencia, es un Derecho en el que existe una ecuación dialéctica en la que intervienen: por un lado, el Poder Público y, por otro lado, la libertad de la persona (este equilibrio está siempre amenazado y se rompe de acuerdo con la época). Si el Estado no contara con potestades públicas no podría actuar y se paralizaría. Frente a esta realidad, que hay que reconocer (porque es el Poder Público quien actúa a través de sus órganos en este caso), el Derecho administrativo ha construido y perfeccionado toda una serie de controles y limitaciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona.

#### **D. DERECHO ESTATUTARIO**

**§78. Concepto** — El Derecho administrativo nace y se desenvuelve como un Ordenamiento jurídico estatutario destinado a situar a la Administración Pública en un régimen jurídico peculiar y, por tanto, es un Ordenamiento subjetivo. Sin embargo: (i) el Derecho administrativo no agota la regulación propia de los sujetos públicos a que se refiere, sino que solo deroga al Derecho común o general en los asuntos en los que es precisa una previsión específica; y (ii) la cualidad de Administración Pública no abarca la totalidad de la condición y esfera jurídicas de los sujetos que la llevan consigo.

De lo anterior se desprende que la Administración Pública no está solamente sujeta al Derecho que le es propio y peculiar, sino también al Derecho común o general e, incluso, a otros Ordenamientos jurídicos estatutarios.

Se trata, pues, de un Derecho estatutario por oposición al Derecho común, pues mientras este contempla al conjunto de los sujetos del Ordenamiento jurídico general dispensándoles protección a todos ellos y a las actividades por desarrollar; por el contrario, las normas de carácter estatutario se dirigen a la regulación de un sujeto público, o de una categoría de sujetos públicos o cualidades jurídicas que estos poseen o pueden poseer, proporcionándoles la protección específica que necesiten, tanto en atención a rasgos de los propios sujetos públicos como a las funciones estatales que asumen. Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo es el régimen o Derecho estatutario de la Administración Pública.

## E. DERECHO AUTÓNOMO

**§79. Principio de autonomía** — No fue sino hasta 1873 cuando el Tribunal de Conflictos francés, a través del mencionado fallo *BLANCO*, reconociera la autonomía del sistema de Derecho administrativo al declarar que la Administración Pública tiene sus reglas especiales, distintas de los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil para regular las relaciones entre particulares, solución que el autor francés M. WALINE considera “la piedra angular de todo el Derecho administrativo”.

Así las cosas, el principio de autonomía del Derecho administrativo comporta, al decir de RIVERO, la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de una tarea diferenciadora en un doble sentido: (i) dentro del ámbito general del Derecho público, frente al Derecho constitucional; y (ii) frente al Derecho civil que, en este caso, condujo a la existencia de un verdadero préstamo de instituciones y categorías jurídicas las cuales han impuesto, en primer lugar, su diferenciación, y en una fase ulterior, la fijación de su propia sustantividad, esto es, demostrar que son realmente algo distinto desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

En consecuencia, la formación del Derecho administrativo como rama del Derecho autónomo se basa en un sistema de principios, normas y categorías jurídicas con características propias.

**§80. Principio de especificidad** — La autonomía del Derecho administrativo consiste en que, frente a problemas diferentes, plantea que las soluciones deben ser distintas, pues la razón de ser del Derecho administrativo es la especificidad de los problemas que tiene que resolver que son muy distintos a los planteados por el Derecho privado, que rige la actuación de los particulares.

Con la evolución del Derecho administrativo, la doctrina se da cuenta de que planteaba problemas diferentes a aquellos del Derecho civil; por tanto, las soluciones consagradas en este se estiman como no idóneas para el Derecho administrativo. Y es que la razón de ser de su autonomía es la especificidad de los problemas a resolver en el ámbito del Derecho administrativo, por lo cual se justifica la formulación, mantenimiento y desarrollo de normas, principios y categorías jurídicas propias del campo del Derecho administrativo, distintas a las consagradas en el Derecho privado; esto, fundamentalmente, por dos razones:

**§81. Complejidad** — Se sostiene que el objeto, la realidad regulada por el Derecho administrativo es extremadamente compleja y este incremento de poderes y la extensión de las competencias van acompañados de una inflación de nuevos tipos de intervención administrativa.

§82. **Movilidad** — La movilidad o evolución que se da en las materias del Derecho administrativo lo es en grado muy superior al que se observa en las demás ramas del Derecho, lo cual exige una fluidez extraordinaria en las categorías jurídicas en el Derecho administrativo, que se resiste a la codificación conseguida en el Derecho privado.

## F. DERECHO NUEVO

§83. **Concepto** — El Derecho administrativo es una construcción moderna *ius novum* (HAURIOU), en contraste con el *antiquus nove*, por aparecer configurado como una secuela del régimen constitucional, dado que solamente en él se cumple el triple axioma que posibilita su existencia.

A diferencia del Derecho privado que contaba con un sistema normativo muy completo y construido desde hacía muchos siglos, con sus glosas y comentarios, el Derecho administrativo tiene su origen en la Revolución Francesa. Milagrosamente nacido, el Derecho administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado (WEIL). En efecto, del Derecho administrativo se afirma que es un Derecho *in fieri* que está en una constante renovación, pues en la actualidad las características más importantes son la velocidad y la continuidad con que se transforma y que reconoce la existencia de cambios continuos y repentinos que obedecen a una Sociedad altamente tecnificada y en constante mutabilidad, como consecuencia de su inmediatez e interacción respecto de las personas.

## G. DERECHO NO CODIFICADO

§84. **Concepto** — Por último, en el Derecho administrativo se plantea el problema de la codificación administrativa, como parte del problema general de la codificación del Derecho, entendiéndose por tal un contenido orgánico de todas las normas jurídicas que se refieren a una determinada rama o disciplina del Derecho.

Al respecto, existe una opinión de carácter negativo fundada en el casuismo y mutabilidad de las normas jurídico-administrativas pues, efectivamente, una de sus características es que son las normas más cambiantes del Derecho; asimismo, se señala la imposibilidad de la codificación administrativa en razón de la multiplicidad de las normas porque la materia es muy variada (por ejemplo: salud, educación, transporte, y un gran etc.). Por tanto, se concluye en que no es útil ni conveniente la codificación administrativa.

Por el contrario, la posición preponderante sostiene que si bien es imposible la codificación total del Derecho administrativo, sí es posible la codifica-

ción parcial por materias (por ejemplo: el procedimiento administrativo, la organización administrativa, servicios públicos domiciliarios, etc.).

## RELACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO

---

### A. LÍMITES Y RELACIONES

§85. **Planteamiento** — Hay que partir de una premisa fundamental, y esta consiste en reconocer los límites y el sistema de relaciones del Derecho administrativo en relación con otras ramas del Derecho, y especialmente con el Derecho privado. Esta premisa proclama la división capital (la *summa divisio*) en dos grandes disciplinas jurídicas que rigen los distintos ámbitos en que está dividida la actividad social, como son: (i) las ciencias jurídicas que conforman el Derecho público; y (ii) las ciencias jurídicas que conforman el Derecho privado.

Por otro lado, cuando se habla de la génesis del Derecho administrativo hay que hacer referencia a que, en un principio todo se regía por el Derecho civil; en consecuencia, toda la actividad social estaba regida por el Derecho privado y por ello también fue conocido como el Derecho común; mientras que en ese momento el Derecho administrativo no existía, o se encontraba en un estadio inferior de desarrollo en comparación con el Derecho civil.

Desde este punto de vista, el proceso de creación del Derecho administrativo se ha sucedido por etapas con relación al Derecho privado. Estas son las siguientes:

- ▶ La etapa de adaptación y diferenciación de las instituciones y categoría jurídicas que tienen su origen en el Derecho privado.
- ▶ Luego se concibe al Derecho administrativo no como reglas adaptadas del Derecho común, sino como un Derecho excepcional, al oponerle el Derecho común, por ejemplo, las denominadas cláusulas exorbitantes que se conciben como cláusulas excepcionales porque derogan las cláusulas del Derecho común.
- ▶ Por último, ya en una etapa más avanzada de su evolución, el Derecho administrativo es un derecho propio, autosuficiente y paralelo al Derecho común, por virtud del cual, técnicamente, las lagunas o vacíos legales se integran acudiendo, no ya a los principios del Derecho privado, sino a los principios generales del Derecho administrativo.

### B. DELIMITACIÓN

§86. **Planteamiento** — Si bien la Administración Pública constituye el objeto por excelencia del Derecho administrativo, no todo el Derecho que lo regula es ese Derecho, pues no existen sujetos de Derecho respecto de los cuales

pueda decirse que se rigen exclusivamente por una sola rama del Derecho. Por tanto, la Administración Pública, además de estar sometida al Derecho administrativo, si bien preponderantemente, no lo está en forma exclusiva o excluyente, pues también está sometida a otras ramas del Derecho.

Pues bien, el planteamiento del que hay que partir es que la Administración Pública siempre está sometida al Derecho (principio de legalidad). El problema es, ¿a qué tipo de Derecho se somete o se sujeta la Administración Pública? Se trata, pues, de buscar un criterio de cuándo termina el Derecho administrativo y cuándo se aplica el Derecho privado. Esto es, ¿cuándo termina la aplicación del Derecho administrativo y cuándo entran a regir otros Derechos distintos al Derecho administrativo? No es un problema de fronteras, sino de delimitación.

## C. DERECHO CIVIL

### I. PLANTEAMIENTO

§87. **Fenómenos de la adaptación y la derogación** — Cuestión importante es saber cuál fue el papel que desempeñó el Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo puesto que, durante mucho tiempo, al Derecho civil se le denominó “Derecho común”, y en sus inicios al Derecho administrativo se le llamó un Derecho de excepción o excepcional.

Así, en el Derecho administrativo se presentó el fenómeno de la adaptación de las instituciones del Derecho civil que fueron trasladadas al Derecho administrativo y, sin embargo, no fueron solo una recepción, sino que una vez receptada una institución por el Derecho administrativo empezó, internamente, a diferenciarse esa institución del Derecho civil. De modo que, en ese proceso, no solo hay un proceso de adaptación de muchas de las categorías jurídicas del Derecho civil, sino también hay un fenómeno que se conoce como el fenómeno de la derogación al Derecho común; esto es, el Derecho administrativo, en una primera etapa, adaptó instituciones del Derecho Civil y las trasladó a su dominio. Pero también en este proceso derogó muchas de las instituciones que estaban en el Derecho civil y creó unas categorías jurídicas nuevas.

En conclusión, hoy día se reconoce la autonomía científica del Derecho administrativo sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido el Derecho privado. El uso del Derecho privado por la Administración Pública solo le es legalmente permitido en aquellos supuestos en que entre el interés público y las categorías e instituciones privadas no hay contradicción intrínseca alguna, independientemente de una posible laguna legal.

Por tanto, sólo se aplicará el Derecho privado en los casos siguientes:

- ▶ La ley remite al Derecho privado. En efecto, son frecuentes las remisiones del Derecho administrativo al regular una determinada materia al Derecho privado, al que en concreto se somete como subsidiario en caso de laguna legal; reenvío este que revela la no subsidiariedad general del Derecho privado.
- ▶ La elección por la propia Administración Pública.
- ▶ Es el juez quien determina, en un caso concreto, cuál de los dos Derechos se aplica al caso específico.

## II. FUNCIONES BÁSICAS

§88. **Plan** — Corresponde, ahora, abordar el rol que el Derecho privado y, más concretamente, las categorías e instituciones civiles han desempeñado en la formación del Derecho administrativo que, según la doctrina española (VILLAR PALASI), son fundamentalmente las siguientes: (i) Derecho “base”; (ii) Derecho “supletorio”; y (iii) Derecho “límite”:

§89. **Derecho “base”** — El Derecho privado es un Derecho base, esto es, de donde partió la construcción del Derecho administrativo, y desde este punto de vista han existido muchas categorías jurídicas privadas que fueron transferidas del campo del Derecho privado al campo del Derecho administrativo.

§90. **Derecho “supletorio”** — El Derecho administrativo no ofrece, todavía, un sistema absolutamente completo, por lo que, en caso de laguna legal, ¿será el Derecho privado un Derecho subsidiario, con carácter general, del Derecho administrativo?

Para un sector doctrinal, el Derecho privado –y específicamente el Derecho civil– figura, en cierto modo, como un sistema positivo de carácter general, un verdadero *ius commune* respecto de todo el Ordenamiento jurídico general, revelándose, por tanto, como Derecho supletorio general.

Al respecto se observa que el Derecho privado es un Derecho supletorio una vez agotada la virtualidad de las propias fuentes del Derecho administrativo. Esta función la ha cumplido el Derecho privado por mucho tiempo, de allí que sea fuente jurídica administrativa. En la medida en que se hayan agotado las instituciones o categorías del Derecho administrativo o no den respuesta a los problemas que son propios al Derecho administrativo, entonces se recurrirá al Derecho privado como un Derecho supletorio.

§91. **Derecho “límite”** — Finalmente, hoy en día, hay categorías jurídicas dentro del ámbito del Derecho administrativo en virtud de las cuales el Derecho privado continua conservando un rol protector de las situaciones jurídicas

privadas cuya regulación primaria le corresponde, con relación a los daños ocasionados por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, dando origen a una institución muy específica del Derecho administrativo como lo es la teoría de la vía de hecho administrativa.

### III. CRITERIO FUNDAMENTAL

§92. **Importancia** — En cuanto al criterio para decidir cuando acaba el Derecho Administrativo y se aplica otro, existen diversas teorías doctrinales. Ejemplo de ello es una teoría muy propia de los contratos administrativos: la teoría de los actos separables, que consiste en que la Administración Pública, dentro del régimen al cual puede someter su actividad, tiene un doble campo de acción, es decir, que puede actuar bajo un régimen de Derecho administrativo o bien bajo un régimen de Derecho privado.

§93. **Manejo táctico** — Se da cuando la Administración Pública acude al empleo de los mecanismos o categorías jurídicas del Derecho privado para imprimirle una mayor eficacia en la gestión administrativa.

## CRISIS

---

### A. TEORÍA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### I. CUESTIÓN PREVIA

§94. **Concepto** — Entre las transformaciones por las que atraviesa el Derecho administrativo se debe destacar el surgimiento de lo que, en la célebre frase del autor alemán F. FLEINER, la doctrina viene denunciando como el fenómeno de la “huida del Derecho administrativo” o también la “huida al Derecho privado”; esto es, el abandono de los modos de organización y las técnicas de gestión del Derecho público para acudir al Derecho privado, sobre la tesis de que la Administración Pública estaría utilizando el Derecho privado para organizarse y en el ejercicio de su actividad, en vez del Derecho administrativo.

#### II. RESERVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§95. **Concepto** — Un sector de la doctrina ha criticado el mencionado fenómeno de la huida del Derecho administrativo al invocar su inconstitucionalidad y afirmar la teoría de la “reserva de Administración” o “reserva de Derecho administrativo”, cuando sostiene que la Constitución establece una correlación necesaria entre actividades de la Administración Pública, régimen jurídico-administrativo y jurisdicción contencioso administrativa, es decir, una reserva de Derecho administrativo que impide la huida de las Administraciones Públicas al Derecho privado (S. DEL SAZ CORDERO). Esto es, funciones materialmente administrativas que por imperativo constitucional

están sujetas al Derecho público, en razón de lo cual los otros órganos que ejercen el Poder Público tendrían vedado inmiscuirse en esas materias reservadas a la Administración Pública.

### III. TEORÍAS

**§96. Defensa** — La posición más decidida acerca de la inconstitucionalidad del fenómeno generalizado de la huida del Derecho administrativo, en cuanto se entiende que la Constitución —en este caso española— sanciona como garantía institucional una reserva a favor del Derecho administrativo como Derecho normal del obrar de la Administración Pública, fue desarrollada ampliamente por DEL SAZ CORDERO, quien sostiene que la Constitución contiene una auténtica reserva de Derecho administrativo, una verdadera “garantía institucional de Derecho administrativo que la hace inmodificable por el legislador ordinario”.

**§97. Rechazo** — Al contrario, otro sector de la doctrina española (LINDE PANIAGUA) señala que tal reserva de Derecho administrativo no existe en la Constitución española y, por ende, se plantea la prohibición de que la Administración Pública emplee técnicas del Derecho privado.

En este orden de ideas, la autora española E. DESDENTADO DAROCA sostiene que si bien no puede concluirse que la Constitución española consagre una reserva general de Derecho administrativo, sí puede afirmarse que establece una reserva de Derecho administrativo para algunas materias, esto es, que implican el ejercicio de autoridad que ha de tener necesariamente un carácter público y están reguladas por el Derecho administrativo.

Finalmente, también en la doctrina española, se señala como cierto que la Constitución, en ningún caso, hace referencia expresa ni al Derecho administrativo ni a la legislación administrativa; por tanto, más que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una reserva de Derecho administrativo, el autor español GARCÍA DE ENTERRÍA “advierde que lo que aquella sanciona es una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa, y que la huida del Derecho administrativo conduce a la práctica quiebra de los mismos”.

### B. TEORÍA DE LA VUELTA O REGRESO

**§98. Reforma administrativa** — La alternativa al fenómeno de la huida del Derecho administrativo implica una seria, profunda y verdadera reforma de los procedimientos jurídico-administrativos, con el fin de hacerlos más eficaces y operativos, frente a la solución que se sigue, sin más, de una indiscriminada remisión al Ordenamiento jurídico privado.

La causa de la huida del Derecho administrativo, se señala, es la búsqueda de la eficacia de la función administrativa, frente a lo cual sostiene la autora española DEL SAZ CORDERO que la solución más lógica, la única posible en el orden constitucional, es la reforma de procedimientos y no, como se pretendía, la evasión de la actividad de la Administración Pública del Derecho administrativo primero, y de los tribunales contencioso-administrativos después. Así, la utilización del Derecho privado por la Administración Pública tiene una de sus principales causas en no haber evolucionado el Derecho administrativo al ritmo que la realidad demandaba.

Además, es importante recordar que el sistema de Derecho administrativo es también un sistema de sujeciones y controles que, tratándose de la *res pública*, resultan obligados; y, con ello un sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas. Pues bien, el recurso a las categorías e instituciones privadas, al final, no busca sino eludir esos controles y esas garantías jurídicas con el fin de que así el Poder Público no sea limitado en su obrar, y, con ello, evitar un atentado considerable al sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas, con lo cual se llega a señalar que la realidad a la que se refiere no es tanto a la huida del Derecho administrativo, sino la “huida del Derecho”.

## CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

---

### A. ANTECEDENTES

§99. **Origen** — El Derecho administrativo venezolano no emergió de la nada sino que, por el contrario, ha sido el resultado de una larga evolución; para comprender plenamente su sentido y su verdadero alcance conviene conocer los antecedentes. Sin embargo, consideramos la investigación histórica del Derecho administrativo venezolano anterior al siglo XIX, como un ejercicio de escasa virtualidad, pues son pocos los nombres y los hechos dignos de ser recordados. Sin negar la posible existencia, desde la época colonial, incluso, de técnicas jurídicas remotas, es fácil concluir que estos extremos deben relativizarse y no sacar conclusiones indebidas.

En efecto, la existencia del Derecho administrativo venezolano no es un fenómeno cuyo origen quepa residenciar en un momento concreto y preciso. Como todo producto histórico irá estableciéndose de modo progresivo, poco a poco, a través de un largo proceso. Porque el origen y desarrollo de una rama del Derecho como lo es el administrativo, siempre se debe a una evolución lenta que no responde una trayectoria lineal. Largo proceso necesario, además, para que las distintas categorías jurídicas vayan decantándose; y en

el caso nuestro, el Derecho administrativo está esencialmente vinculado a la formación del Estado en Venezuela.

Por cuanto el Derecho administrativo aparece configurado como una secuela del Estado constitucional de Derecho se debe concluir, como muy bien señala MOLES CAUBET, que solo en este modelo es posible su existencia, en la medida en que se cumpla el triple axioma que lo posibilita. Sin embargo, la elección de la Constitución de 1811 y su conexión con el tema si no de la génesis, al menos del punto inicial de la construcción científica del Derecho administrativo venezolano, no responde a una decisión arbitraria, sino a una trayectoria de diversas etapas: (i) punto de partida; (ii) evolución; y (iii) consolidación. Debe advertirse que, obviamente, estas tres grandes etapas no son lineales y no constituyen otros tantos períodos cronológicos susceptibles de ser perfectamente delimitados. Por tanto, la división que presentamos, aparentemente diferenciadas, se realiza a efectos puramente didácticos y expositivos.

## **B. ETAPAS**

### **I. PUNTO DE PARTIDA**

§100. **Estado** — La fijación del punto de partida inicial en la primera Constitución de 1811 responde a la convicción de que, efectivamente, implantó el triple axioma o las bases constitucionales de la futura existencia del Derecho administrativo. Así señala el constitucionalista A. OROPEZA, que no es temerario afirmar que el Estado constitucional nace en Venezuela con la Carta de 1811. Efectivamente, señalamos que es a partir de la misma cuando se establecen los grandes principios cardinales del Derecho público venezolano, a saber:

§101. **Principio de separación de poderes** — En primer lugar, la base constitucional de carácter jurídico-político como es el principio de la separación de poderes —ya referido— que se tradujo en Francia en la idea técnica de separación entre la Administración y la Justicia, y que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

§102. **Principio de legalidad** — En segundo lugar, la base constitucional de carácter jurídico-formal como es el principio de legalidad, el cual fue consagrado también por la Constitución de 1811, así: “Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas [las funciones públicas] se sujetarán invariablemente al modo y regla que en esta Constitución se les prescribe para el cumplimiento y desempeño de sus destinos” (Preliminar).

He aquí el principio de legalidad en su formulación original y que se va a traducir, en nuestro ámbito, en la idea técnica de la competencia legal. Constituciones posteriores hasta la de 1999 van a consagrar, reiterativamente, que todo lo que extralimite la definición de atribuciones constituye una usurpación de poder, y como tal usurpación es nula.

**§103. Principio del respeto a los derechos fundamentales** — Por último, la base constitucional de carácter jurídico-material como lo es el principio del respeto a los derechos fundamentales, cuando se aprueba por el Supremo Congreso de Venezuela una Declaración de Derechos denominada Declaración de los Derechos del Pueblo (Declaración del 1 de julio de 1811, publicada en la Gaceta de Caracas, de fecha 23 de julio de 1811) en cierto modo separada de la Constitución, a semejanza de Francia, al sancionarse también la primera Carta Fundamental, y que se convierte, en nuestro ámbito, en la idea técnica de la integridad y respeto de los derechos públicos subjetivos.

## II. EVOLUCIÓN

**§104. Fases** — Las premisas, o más propiamente, las bases constitucionales señaladas constituyen el presupuesto necesario de la existencia del sistema de Derecho administrativo venezolano; sin embargo, las mismas no han tenido, en nuestro país, una manifestación uniforme ni menos aun coetánea sino, por el contrario, han operado solo a través de muy largos períodos o fases, como veremos a continuación.

**§105. 1ra. fase (1854-1908)** — El Derecho administrativo apenas se empieza a perfilar durante la segunda mitad del siglo XIX con una legislación propia en algunos órdenes, y cuando también se plantea la necesidad de una codificación parcial en algunas áreas del Derecho administrativo.

Así las cosas, en este período se destacan varias normas administrativas reguladoras de muy diversas materias.

**§106. 2da. fase (1909-1936)** — Posteriormente, a comienzos del siglo XX, se consigue un Derecho administrativo muy precario de los distintos ámbitos de actuación de la Administración Pública, y que solo comenzará muy tardíamente con considerables esfuerzos por profundizar en la formación jurídica de Venezuela. También señala la doctrina, es durante el primer cuarto del siglo XX cuando se incorporaron al Derecho positivo un conjunto de institutos del Derecho administrativo, tales como la teoría del fisco y la potestad de autotutela.

Ahora bien, la enseñanza efectiva del Derecho administrativo existe solo a partir del año 1909 con la creación de la cátedra de Derecho administra-

tivo, mediante Decreto Ejecutivo del 4 de enero de 1909 en la Universidad Central, con F. URBANO.

Posteriormente, con la reapertura de la Universidad Central de Venezuela (1922), los estudios sobre el Derecho administrativo adquieren carácter más científico, desarrollándose la fase de su divulgación. En efecto, al reanudarse las clases en la Universidad Central de Venezuela fueron designados para regentar la Cátedra de Derecho administrativo y Leyes Especiales los profesores: F. ALVAREZ FEO, quien escribió muchas lecciones para sus discípulos, o las dictó en las clases, en el mes de agosto de 1929 y desempeñó después la cátedra, interinamente; G. HERRERA y, habiendo tenido también que separarse de la referida Cátedra, quien siguió regentándola en igual condición de interinidad, el profesor D. A. NARVÁEZ (1<sup>o</sup> de febrero de 1930); a este le siguió A. URBANEJA (23 de septiembre del mismo año), hasta finalizar el año académico 1930-31.

Asimismo, el 9 de septiembre de dicho año, J. M. HERNÁNDEZ RON fue designado profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo y Leyes Especiales. Al iniciar las labores docentes HERNÁNDEZ RON —al no existir un texto nacional— se dio a la tarea de escribir unas Lecciones que abarcaban aquel programa; sucesivamente fue mejorándolas y preparó varias ediciones en multígrafo.

Los referidos Cuadernos multigrafiados fueron seguidos para guiar sus cátedras, por varios profesores de la Universidad de Los Andes (C. BENÍTEZ, R. PICÓN LARES y V. M. PÉREZ PEROZO), lo mismo que en las Escuelas de Ciencias Políticas de Trujillo y Maracaibo.

### III. CONSOLIDACIÓN

§107. *1ra. fase (1937-1947)* — Esta etapa se inicia con la publicación del Tratado Elemental de Derecho Administrativo, en dos volúmenes que vieron la luz pública en el mes de octubre de 1937. En el autor, J. HERNÁNDEZ RON, se advierte una clara iniciación del tratamiento del Derecho administrativo venezolano con método científico.

También, durante este período, se elabora buena parte del sistema de garantías dejando su impronta en la legislación nacional sobre muy distintas materias administrativas. Fue en ese lapso cuando se sanciona una legislación administrativa fundamental que servirá de base y orientación a toda la que vendrá hasta el presente (por ejemplo: organización del Distrito Federal (1936); expropiación por causa de utilidad pública (1936); minas (1936); bosques y aguas (1936); tierras baldías y ejidos (1936); hidrocarburos (1938); turismo (1938); armas y explosivos (1939); vagos y maleantes (1939); pesas

y medidas (1939); ejército y la armada (1939); naturalización (1940); registro público (1940); bancos (1940); educación (1940); telecomunicaciones (1940); crédito público (1941); aviación civil (1941); navegación (1941), y muchas otras más; leyes estas que serán las bases del desenvolvimiento del Derecho administrativo científico.

§108. *2da. fase (1948-1960)* — Esta etapa se inicia con la llegada a Venezuela y, concretamente, a la Universidad Central de Venezuela de A. MOLES CAUBET, quien transformó el Derecho administrativo venezolano al realizar una extraordinaria labor docente y obra escrita; y quien sembró, en los estudiantes de la época y profesores después, el fervor por el Derecho Público y el Derecho administrativo. Finalmente, creó el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

Es también durante esta etapa cuando surge en Venezuela una célebre generación de administrativistas protagonistas del proceso de desarrollo de nuestro sistema de Derecho administrativo, son bien conocidos, además de MOLES CAUBET: E. LARES MARTÍNEZ, G. PÉREZ LUCIANI, T. POLANCO ALCÁNTARA en la Universidad Central de Venezuela; y N. ANDRADE LABARCA en la Universidad del Zulia.

Finalmente, otro importante hito en esta etapa es la aparición del Manual de Derecho Administrativo de LARES MARTÍNEZ en 1963 que constituye la primera exposición sistemática de la materia, fruto de su labor docente en la Universidad Central de Venezuela desde 1941. Este Manual es un ejemplo de la función integradora del sistema jurídico que a la doctrina corresponde, y ha determinado el rumbo del Derecho administrativo venezolano, lo que junto con otras obras de reciente aparición han enriquecido el acervo bibliográfico ya tan estimable con que cuenta actualmente el Derecho administrativo venezolano.

§109. *3ª fase (1961-1999)* — Esta etapa se caracteriza porque se dictan las grandes leyes administrativas del último cuarto del siglo XX –marcada con la huella de la siguiente generación de administrativistas que encabeza A. R. BREWER-CARIÁS–, sobre muy diversas materias (por ejemplo: carrera administrativa (1976); ambiente (1976); Corte Suprema de Justicia (1976); procedimiento administrativo (1981); urbanismo (1983); ordenación del territorio (1987), y muchas otras más) que pervivirán, incluso, tras la aprobación de la Constitución de 1999, y cuyo impacto sobre diversos institutos jurídico-administrativos ha sido tratado en Seminarios y cursos por distinguidos juristas nacionales y extranjeros. Solo algunos años después de aprobarse la

Constitución de 1999 se comenzaron a sustituir algunas de las mencionadas, por nuevas leyes, ahora vigentes.

En 1980, BREWER-CARÍAS funda la Revista de Derecho Público (RDP), la principal publicación periódica del Derecho administrativo en el siglo XX (y de momento también en el XXI), donde se revela el alcance del Derecho público en nuestro país. Basta con repasar los índices de lo publicado desde entonces hasta hoy en la RDP para localizar a los refundadores de nuestra disciplina en Venezuela, encabezada la lista por el propio BREWER-CARÍAS y otros excelentes iusadministrativistas que, tomando a préstamo un símil español, pudiéramos llamar “la generación de la RDP”.

### C. CARACTERES

Los caracteres técnicos del Derecho administrativo que son aplicables al sistema de Derecho administrativo venezolano son los siguientes:

**§110. Derecho nuevo** — Si se compara con el Derecho civil, el cual tiene una construcción milenaria, en el que muchas categorías jurídicas ya están consolidadas. En efecto, si bien es cierto que el Derecho administrativo venezolano, durante mucho tiempo, se caracterizó por la incertidumbre e imprecisión de sus categorías jurídicas, no obstante, hoy día es un Derecho científico y consolidado.

**§111. Derecho en transformación** — Es un Derecho sensible a todo el conjunto de cambios políticos, económicos, sociales y culturales de la sociedad. De modo que el Derecho administrativo venezolano recepta esos cambios que se van dando; por ello, si el Estado se transforma, el Derecho administrativo también debe modernizarse.

**§112. Derecho jurisprudencial** — También el Derecho administrativo es un derecho fundamentalmente jurisprudencial, y por eso el origen de muchos de sus principios o reglas se encuentra en sentencias de principios construidos junto con la doctrina. En Venezuela, la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha jugado un papel muy importante.

**§113. Derecho parcialmente codificado** — Finalmente, el Derecho positivo ha procedido a codificar, solo parcialmente o por materias, ciertas partes del Derecho administrativo por encontrarse suficientemente elaborado; por ejemplo: el acto administrativo, los contratos públicos, el procedimiento administrativo, el urbanismo, el medio ambiente, etc.

En conclusión, si bien en sus orígenes el desarrollo del brillantísimo iusadministrativismo francés –del que proceden los administrativismos del mundo entero (E. GARCÍA DE ENTERRÍA)– fue guía y norte del Derecho administrativo

venezolano, se puede estimar que hoy día ofrece consistencia para buscar y elaborar soluciones propias, sin perjuicio de los grandes aportes de las doctrinas del Derecho comparado.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. I *Concepto y Fuentes*, Paredes Editores, Caracas, 2012; AA.VV. *Cien Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, 2 ts., UCV-CEDP-FUNEDA, Caracas, 2011; DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres Estudios*, Civitas, Madrid, 1992; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; HERNÁNDEZ RON, J.M., *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, 2 ts., Tipografía Americana, Caracas, 1937 e “Historia del Derecho Administrativo Venezolano”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 6, Caracas, 1938; LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª Ed., Madrid, 1996; MOLES CAUBET, A., “La progresión del derecho administrativo”, en *Estudios de Derecho Público*, UCV, Caracas, 1997; OROPEZA, A., *La Nueva Constitución Venezolana –1961–*, Caracas, 1969; WEIL, P., *Derecho administrativo*, trad. española, Civitas, Madrid, 1986.