

Universidad Católica Andrés Bello
Dirección General de Post-grado
Área de Derecho
Especialidad en Derecho Administrativo

JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
CRÍTICA A LOS CONCEPTOS DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO
EN VENEZUELA

Trabajo Especial de Grado,
presentado como requisito parcial
para optar al Título de Especialista
en Derecho Administrativo.

Autor: Karina Anzola Spadaro
Asesor: Antonio Canova G.

Caracas, 4 de julio de 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogado Karina Anzola Spadaro**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es **Justificación y Límites de la Aplicación del Derecho Administrativo a la Administración Pública. Crítica a los Conceptos de Acto y Contrato Administrativo en Venezuela**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 4 días del mes de julio de 2.006

Antonio Canova González
C.I: 9.880.302

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
I. ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	9
II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	15
A. PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA	17
B. PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS	21
III. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	25
1) RAZONES QUE HAN JUSTIFICADO LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	26
a) Razones históricas	27
b) El carácter democrático de las autoridades públicas	31
c) El principio de legalidad y la presunción de legalidad de los actos administrativos	35
d) Principio de eficacia	37
e) El interés general	40
2) EL INTERÉS GENERAL COMO JUSTIFICACIÓN Y LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	45

IV. DEFINICIÓN DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO, COMO FORMAS TÍPICAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, VIGENTES EN VENEZUELA	48
4.1. Acto administrativo	49
4.2. Contrato Administrativo	55
V. CRÍTICAS A LAS DEFINICIONES DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO VIGENTES EN VENEZUELA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	62
5.1. Noción de acto administrativo	63
5.2. Noción de contrato administrativo	71
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	79
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CRÍTICA A LOS
CONCEPTOS DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA**

**Autor: Karina Anzola Spadaro
Tutor: Antonio Canova González
Año: marzo 2006**

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el Derecho Administrativo como régimen especial aplicable a la actuación, unilateral y bilateral, de la Administración Pública, que le otorga privilegios y a la vez le impone deberes y obligaciones, los cuales se constituyen, finalmente, en garantías a favor de los particulares. Los resultados obtenidos evidencian cuál es la justificación real de la aplicación del Derecho Administrativo a la actuación de la Administración Pública, para finalmente evidenciar, la repercusión que las conclusiones alcanzadas tienen sobre las formas típicas de actuación de la Administración Pública, es decir, en las nociones de acto y contrato administrativo y dejar plasmada la distorsión que en torno al tema se presenta en el estado actual del Derecho Administrativo. Es una investigación monográfica y descriptiva, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, que se apoya básicamente en una amplia revisión bibliográfica y en el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, construcción de sistemas de categoría, clasificación de casos, inducción y síntesis. El instrumento utilizado es una matriz necesaria para registrar y analizar el contenido de la información extraída de las fuentes documentales.

Descriptores: Derecho Administrativo. Autotutela Administrativa. Interés general. Acto Administrativo. Contrato Administrativo.

INTRODUCCIÓN

Con el hecho histórico trascendental que constituyó la Revolución Francesa de 1789 y la creación del nuevo Estado Francés, que derrotó el absolutismo reinante hasta entonces, nace la Administración Pública de aquella época, una Administración Pública fundada sobre la base de la igualdad, libertad y legalidad, que fueron los principios fundamentales que alumbraron aquella Revolución.

Esa Administración Pública estaría conformada por los liberales, victoriosos luego de la Revolución Francesa, quienes destronaron al Rey y acabaron con el Antiguo Régimen de la Monarquía e instituyeron un nuevo Estado, el Estado Liberal. Pero además, a ella se sumarían todos los sectores que en Francia, para la época, ostentaban alguna cuota de poder, y que anteriormente se enfrentaban al Rey.

Así la nobleza, representada en los Parlamentos Judiciales y el Clero, en virtud de la aplicación del principio de igualdad revolucionario, dejó de tener el poder que hasta entonces había tenido. Estas cuotas de poder pasaron directamente a manos de la Administración pública que se levantaba, y que llegó a convertirse en un poder aún más grande que el del antiguo Rey.

Frente a ello, como derivación de uno de los principios revolucionarios, quizá el más importante o relevante de todos, el principio de legalidad, surge el Derecho Administrativo, entendido como un régimen especial que regularía la actividad de esa Administración Pública y venía a equilibrar el poder que aquella poseía, otorgándole lo que Rivero (1984, 37) denominó: “derogaciones en más y derogaciones en menos” del Derecho Privado.

Los liberales, luego de haber obtenido el poder no lo sacrificarían sin más, de manera que la idea de crear un Derecho especial que le diera sustento jurídico a la actuación de la Administración Pública venía como anillo al dedo pues servía para hacer honor al principio de legalidad que postulaban y, a la vez, sería la consagración definitiva de las prerrogativas y privilegios, los que existían a favor del Rey, incluso más, pero ahora a favor de la Administración Pública y por voluntad del pueblo, representada en la Ley.

El Derecho Administrativo fue caracterizado, con base en lo anterior, contraponiéndolo a las reglas del Derecho Privado de la siguiente manera:

Las reglas de derecho administrativo se caracterizan en relación con las de derecho privado, sea porque ellas confieren a la administración prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas, sea porque ellas imponen a su libertad de acción, sujeciones más estrictas que aquellas a las que están sometidos los particulares entre ellos. (Rivero, 1984,38)

Nace, por consiguiente, como el conjunto de normas exorbitantes del Derecho Privado, que regulan la actividad de la Administración Pública y le otorga privilegios (prerrogativas en más) y le impone, a la vez, deberes u obligaciones especiales (prerrogativas en menos).

El Derecho Administrativo venezolano, sin lugar a dudas, tiene una notable influencia francesa. Ha sido construido sobre la base de lo que, en aquella época, se desarrolló en Francia. Ello ha traído consigo innumerables efectos y consecuencias, positivas y negativas, que explican, en muchos casos, el origen y los antecedentes de las instituciones del Derecho Administrativo patrio, sus características, sus efectos actuales y, por qué no, sus desencuentros con el resto del

ordenamiento jurídico en ciertas ocasiones, como será señalado en su oportunidad.

En Venezuela sigue teniendo esa característica especial, lograr el equilibrio entre poder y libertades, entre regla y discreción. Es, a la vez, reconocimiento de prerrogativas a favor de la Administración y garantía para los particulares. Lo cierto es que cuando este Derecho se aplica estamos en presencia de prerrogativas administrativas.

Esas prerrogativas pueden resumirse en lo que se ha denominado la potestad de autotutela administrativa, que es lo que define la situación de la Administración Pública frente al resto de los actores dentro del ordenamiento jurídico. Pero el reconocimiento de esta potestad de autotutela administrativa debe estar en consonancia con el Derecho Administrativo, pero, muy especialmente, con el Texto Constitucional.

En la actualidad, nos encontramos a diario con situaciones, creadas por la propia letra del Derecho Administrativo positivo venezolano, derivadas de las prácticas reiteradas de las administraciones públicas, o bien, de la interpretación jurídica que los tribunales de justicia, competentes en la materia, hacen del Derecho Administrativo, en los casos concretos, que involucran la aplicación de este derecho, que crean precedentes jurisprudenciales y que, en pocos casos se adaptan a la realidad jurídica que consagra el Texto Constitucional. A pesar de ello, se aplican, reiterativamente, sin fundamento lógico o jurídico alguno que los avale, lo que da lugar al problema del abuso en la aplicación del Derecho Administrativo, es decir, del abuso de la condición privilegiada de la Administración Pública.

En la mayoría de los casos que involucran la actuación de la Administración Pública se reconocen privilegios a la misma por su

carácter subjetivo, en simples palabras, por ser quien es, sin tomar en cuenta que, acaso, no todo su actuar debe estar protegido por ese régimen especial que comporta el Derecho Administrativo y que le otorga privilegios. Esos privilegios, en principio, habrían de responder a ciertas situaciones específicas y no a la condición de sujeto público, como parece entenderse en la mayoría de los casos en el Derecho Administrativo venezolano.

La Administración Pública suele hacer uso abusivo e indiscriminado de su condición privilegiada, muchas veces con la anuencia del legislador y el beneplácito de los jueces, con lo que se menoscaban los derechos de los particulares, en casos en los que no es lógico reconocerle una actuación privilegiada a la Administración Pública.

Habrán casos donde, valga decir, ésta debe acomodarse al Derecho Privado, pues el Derecho Administrativo no le va aparejado indefectiblemente en todas sus actuaciones, ni será siempre el régimen especial que regule sus relaciones jurídicas.

Ello lleva a evaluar cuáles han sido las razones o la razón que justifica que el Derecho Administrativo otorgue o reconozca un poder tan especial a la Administración Pública. Un poder que la distingue y diferencia de todos los demás poderes públicos y de los particulares.

Por su parte las nociones de acto y contrato administrativo, que representan la actuación típica de la Administración Pública, han llegado a un punto en el cual se desdibujan por amplias y excesivas, hasta ser inútiles, a los efectos de delimitar la aplicación del Derecho Administrativo perdiendo, éste, su razón de ser. Se plantea como las definiciones que se manejan en la actualidad responden a una mezcla de criterios, a una

sumatoria impensada de elementos que dan como resultado dos definiciones tan ilimitadas que resultan absurdas.

Los criterios empleados, como se verá, han permitido que cualquier actuación unilateral de la Administración sea calificada como acto administrativo sin reparar en analizar si en esa actuación la Administración Pública está en ejercicio de, de verdadera función administrativa. Lo propio ocurre con la figura del contrato administrativo, los criterios empleados para definirlos han llevado a que, prácticamente, cualquier contrato en el que sea parte la Administración Pública sea calificado como contrato administrativa, de nuevo, sin reparar en la verdadera actividad que desarrolla la Administración a través de ese contrato.

La consecuencia es la arbitrariedad, el abuso de una situación privilegiada que no siempre está atada al actuar de la Administración Pública con la consiguiente violación de los derechos ciudadanos.

Con todo ello lo que se plantea es repensar las bases sobre las cuales se ha estado construyendo el Derecho Administrativo que conocemos y aplicamos en Venezuela.

Las conclusiones de esta investigación llevan a determinar, por una parte, que, en ciertos casos, vale decir, no pocos, la Administración Pública debe batirse en un juego en el cual las reglas las impone el Derecho Privado, el Derecho Común, sin privilegios, fuera del régimen especial del Derecho Administrativo, en situación equivalente y paritaria a la de los particulares; y por otra parte, resultan en una redefinición de las nociones e instituciones básicas del Derecho Administrativo como son la de acto administrativo y la de contrato administrativo, antes mencionadas,

como principales manifestaciones del actuar, unilateral y bilateral, de la Administración Pública.

El problema, luego de lo anterior, se concreta en evaluar la especialidad del Derecho Administrativo, las condiciones que suponen su aplicación a la actuación de la Administración Pública, y con ello, definir los límites de la autotutela administrativa, que es el privilegio que coloca a la Administración Pública en una situación especial frente al resto de los poderes públicos que conforman el Estado y de los propios particulares. En una interrogante: ¿Cuándo y por qué es aplicable el Derecho Administrativo a la actuación unilateral y bilateral de la Administración Pública?

El objetivo general de la investigación es determinar la justificación y límites de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar unilateral y bilateral (acto y contrato administrativo) de la Administración Pública en Venezuela.

Son obvias las razones por las cuales es preciso una investigación como la presente, ya que, en la mayoría de los casos, dado lo que sigue, se ha desvirtuado y distorsionado lo que, jurídica y lógicamente, debe ser el actuar, unilateral y bilateral, de la Administración Pública.

Y es que de cualquier análisis que se haga del Derecho Administrativo, como régimen especial aplicable a la actuación de la Administración Pública, y de una comparación con el Derecho Constitucional, se llega, al menos, a cuestionar que en muchos casos, aquél, o los lastres que arrastra, se apartan en mucho del Texto Constitucional, con lo cual se plantea un problema de interpretación y aplicación del Derecho conforme a los principios constitucionales.

Adicionalmente, planteado el problema y las causas y soluciones al mismo, se contrastan las conclusiones con las nociones de acto y contrato administrativo vigentes en Venezuela, lo que lleva a redefinir la aplicación del Derecho Administrativo a la actuación de la Administración Pública y, en fin, a la delimitación de sus privilegios. De aquí, pues, surge la necesidad de delimitar los conceptos de acto y contrato administrativo, que son las formas típicas de actuación de la Administración Pública.

En realidad no se espera más que poner cada cosa en su lugar, de conformidad con el Texto Constitucional, norma suprema que determina, finalmente, la actuación de todos los actores dentro del Estado.

Lo que se intenta es deslastrar el Derecho Administrativo venezolano y, por ende, a la Administración Pública de los “dogmas” sobre los cuales, por distintas razones, no del todo lógicas, por decir lo menos, se ha levantado el Derecho Administrativo que conocemos en la actualidad.

Es importante observar que el ordenamiento jurídico ha evolucionado y avanzado y el Derecho Administrativo, por malas interpretaciones, muchas veces acomodaticias, aparentemente avanza, pero arrastra circunstancias inaceptables, si se contraponen estrictamente al Texto Constitucional, y la propia evolución jurisprudencial de la materia, en algunos casos.

Para ello, la investigación queda dividida en cinco capítulos de la siguiente manera:

Un primer capítulo que analiza los antecedentes de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar de la Administración Pública.

En el segundo capítulo se busca precisar en qué consiste la especialidad del Derecho Administrativo (autotutela administrativa y límites a su actuación).

Seguidamente, un tercer capítulo persigue determinar la justificación de la aplicación del Derecho Administrativo al actuar de la Administración Pública.

Luego, en el cuarto capítulo se analizan las definiciones venezolanas de acto y contrato administrativo, como formas típicas de actuación de la Administración Pública.

Y, finalmente, un quinto capítulo contiene las críticas a las definiciones de acto y contrato administrativo vigentes en Venezuela desde la perspectiva del Derecho Administrativo y las propuestas de nuevas definiciones con base en las premisas de esta investigación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Siguiendo la concepción clásica del origen del Derecho Administrativo, sostenida por la mayoría de los autores extranjeros que han abordado el tema, entre los que se encuentran, como señala Chinchila Marín (1992, 22) los franceses representados por Hariou, Duguit, Weil; los alemanes por Meyer y Merkl; los italianos por Santi Romano, Zanobini y Giannini; y García de Enterría en España, el hecho histórico que marca el nacimiento del Derecho Administrativo, como conjunto normativo especial, distinto del Derecho Privado, es la Revolución Francesa que se inicia en 1789. Otros autores partiendo de las palabras de Alexis de Toqueville se han apartado de esta afirmación al explicar que ya en el Absolutismo Francés existieron privilegios como los que reconoce el Derecho Administrativo que conocemos en la actualidad¹.

Esta Revolución tiene lugar en un momento histórico de grandes transformaciones políticas y económicas que marcaron el tránsito de la edad media a la edad contemporánea, junto a la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Industrial, como hechos históricos trascendentales.

Sin embargo, la Revolución Francesa, que se extendió por un período de 10 años, desde 1789 hasta 1799, amerita una aproximación histórica puntual, de cara al interés de la investigación, para una mejor comprensión del surgimiento de la Administración Pública y luego, consecuentemente, del Derecho Administrativo.

¹ Para mayor desarrollo de este punto ver Chinchila Marín (1992, 22).

El apoyo fundamental lo encontramos en García de Enterría (1994, 20), quien explica con gran claridad las razones que impulsaron la Revolución Francesa, las situaciones sociales y políticas que se suscitaron con la abolición de la monarquía reinante hasta entonces, y la configuración de la Administración Pública como un fenómeno súbito, no pensado, que hizo que finalmente surgiera, por distintas circunstancias que se analizarán, una disciplina especial, distinta del Derecho Privado, que regulara el actuar de esa Administración. Esa disciplina es el Derecho Administrativo.

Como todo régimen jurídico, el Derecho Administrativo nace para dar respuesta a una realidad que se impuso. Esa realidad fue el crecimiento vertiginoso e inusitado de la Administración Pública Contemporánea que contaba con una organización burocrática que le permitió hacerse poderosa.

El análisis histórico es el punto de partida obligado, no solo por razones prácticas y metodológicas, sino porque en él se encuentran los orígenes de la Administración Pública contemporánea y, como se verá, allí encontramos los inicios y, en muchos casos, la explicación de varios de los rasgos característicos del Derecho Administrativo que se aplica a la misma en sus relaciones jurídicas.

Pasemos, entonces, a referir esas razones que hicieron surgir un movimiento transformador tan importante como fue la Revolución Francesa.

El régimen imperante en el Estado Francés era la Monarquía, denominada por muchos como el “Antiguo Régimen” para hacer referencia al conjunto de costumbres e instituciones políticas y económicas que existieron en Francia para la época. La Monarquía

francesa, caracterizada como todo régimen absoluto por una arbitrariedad institucionalizada, llegó a su punto más crítico con el Rey Luis XVI.

La arbitrariedad del sistema hizo mella en los ciudadanos y en las instituciones, como los Parlamentos judiciales y el Clero, que aumentaban su cuota de poder frente al Rey, con apoyo en las teorías que los académicos como Rousseau, Montesquieu y Locke hacían del Estado y la sociedad en aquella época.

En virtud de ello y de la crisis financiera que atravesaba Francia, en buena medida por financiar la Revolución Americana, el Rey se vio obligado a ceder cada vez más poder a otros actores como eran los nobles que conformaban los parlamentos judiciales y el clero.

Los Parlamentos, es decir los jueces de la época, cada vez ejercían mayor poder sobre el Monarca a través de sus facultades de registro y de veto devolutivo de las Ordenanzas reales, como lo explica García de Enterría (1994, 35).

El citado autor expresa que los Parlamentos judiciales utilizaron para tales fines la tesis de la división de poderes de Montesquieu para lograr imponerse frente al Rey. La razón de ese enfrentamiento no fue sino la necesidad de mantener los privilegios propios de la nobleza y la aristocracia a la que pertenecían.

El clero, por su parte, se presentaba como otro poder importante, que gozaba de privilegios también frente a la Corona. Estos privilegios se concretaban en exoneraciones o exenciones del pago de impuestos reales, fundamentalmente.

Lo cierto es que el Rey encontraba límites frente a estos grupos poderosos de la época a la hora de gobernar. Así, ante la crisis que atravesaba la Monarquía con el Rey Luis XVI, estos límites y otras circunstancias políticas fueron la antesala a la Revolución Francesa.

Una vez sometida y derrotada la Monarquía, las fuerzas que existían para entonces estaban conformadas por los liberales revolucionarios victoriosos, que en virtud de los principios que propugnaban, principalmente el de igualdad, rompen con los privilegios de las clases poderosas representadas en los parlamentos y en el clero, pero con una particularidad, se mantienen esos privilegios para sí, pues son ellos ahora los que se encargarían de la transformación fundamental del Estado de garantizar la paz social y los derechos de los ciudadanos.

Sin el poder del Rey la labor de los Parlamentos judiciales se entendió agotada, en su condición de limitación del poder. Muerto el absolutismo ya los límites que aquéllos ejercían perdían justificación y, por esta razón, la actuación de la Administración Pública contemporánea se propugnó excluida de todo control judicial.

Como bien lo explica García de Enterría y Fernández (1995, 483) era evidente la intención de los revolucionarios franceses de desligarse de lo que hasta ahora habían conocido como los Parlamentos judiciales, conformados por la nobleza. Lo vemos en la siguiente cita de forma clara:

... Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado 'gobierno de los jueces' y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el

dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación (...) se declara: 'La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía... Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria'...

Los revolucionarios franceses, a través de una especial y particular interpretación del principio de separación de poderes de Montesquieu, que inicialmente sirvió de base política para la Revolución, sancionaron la Ley 16-24-1790, mediante la cual separaron a la Administración de la Jurisdicción, y prohibieron la interferencia de los jueces en la actuación de los órganos administrativos.

Es así como, en este cometido, los revolucionarios franceses echaron mano del principio desarrollado por Montesquieu, interpretado a conveniencia, para que la Administración Pública se viera "separada" totalmente del control de los jueces y de cualquier otro control. Ello suponía que la Administración Pública no podía ser juzgada por el Poder Judicial, y que nadie, más que ella misma podría, a lo sumo, revisar sus propios actos².

Así fue concebida la tesis de Montesquieu, como "separación", más que "división" del poder, con la consecuencia inmediata y poco feliz del surgimiento de una Administración incontrolable, más poderosa y absoluta que la del propio Monarca derrotado.

En virtud del principio de igualdad, también revolucionario, las cuotas de poder distribuidas, hasta entonces, en los Parlamentos judiciales, así como en el Clero, desaparecieron pues en un Estado liberal

² Esta es la etapa denominada justicia retenida, pues la Administración era juzgada dentro de su propio seno, no por jueces sino por administradores, hasta finales del siglo XIX cuando se pasa a la etapa de la justicia delegada en la que son los órganos de justicia los que juzgarán a la Administración, órganos con una competencia especial. Nace, entonces, la jurisdicción contencioso-administrativa.

no se justificaban. Así, se fueron concentrando todas las fuerzas existentes hasta el punto de que, parafraseando a García de Enterría (1994, 41) no se conoció poder igual en el Antiguo Régimen, pues todos los que sostenían una cuota de poder la entregaron o les fue despojada, con lo cual, todo el poder conocido pasó a manos de esa Administración nueva, liberal, magnánima, que derrotó al Rey.

Es intempestivo el fortalecimiento que alcanza la Administración contemporánea, a unos niveles inimaginables siquiera por los propios revolucionarios, lo que los lleva a concebir, honrando sus propios principios de legalidad, igualdad y libertad, un régimen especial, para una Administración muy especial que le reconociera sus inmensos privilegios y poderes pero que, a su vez, protegiera y garantizara los derechos de los ciudadanos. Es decir, que fungiera como balanza para lograr el equilibrio entre ambos requisitos.

El Derecho Administrativo es, pues, el fruto de un acuerdo político que se impuso luego de la Revolución. Consistió en adaptar la situación de la forma más conveniente a los nuevos detentadores del poder. Por ello, el precio del sometimiento a la Ley, que era lo coherente con el principio de legalidad revolucionario, fue el reconocimiento de una condición privilegiada que supuso la exclusión del control judicial, y el consecuente fuero especial, en manos de la propia Administración.

Ejemplo de ello lo trae Vélez García (1994, 2) al señalar que en la Constitución Francesa de 1791, “los constituyentes franceses adoptaron la fórmula de que los tribunales no podían emprender funciones administrativas o citar a los administradores por razón de sus funciones”.

En palabras de García de Enterría (1990, citado por Chinchilla Marín, 1992, 26) “el Derecho Administrativo se nos presenta como el

precio de una disidencia, como un arbitrio con que la Revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos revolucionarios.”

Así nace ese régimen especial, distinto al Derecho Civil, que regulaba la vida de los ciudadanos y que se ha denominado Derecho Administrativo, definido, según García de Enterría (1994, 36), como un derecho exorbitante del derecho de los individuos y, por ende, privilegiado, no susceptible de generalización.

La finalidad principal de este Derecho especial, que nació de la necesidad de los revolucionarios de mantener la coherencia en su discurso liberal era, en teoría, limitar de alguna forma el poder exorbitante y privilegiado de la Administración Pública naciente en Francia y reconocer, garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública contemporánea, aquella que surgió como efecto del triunfo de la Revolución Francesa, marca, también, el nacimiento del Derecho Administrativo que se conoce en la actualidad y que es el objeto de estudio de esta investigación.

Su surgimiento viene impregnado de un carácter especial. Distinto al Derecho Común que se conocía, distinto al típico conjunto de normas jurídicas que regulaban la vida en sociedad, porque a este nuevo Derecho, además de regular relaciones jurídicas, como cualquier otra rama del Derecho, le toca equilibrar una situación de hecho que se impone con la existencia de la Administración Pública post-revolucionaria:

le toca conjugar el ejercicio del poder con el respeto y aseguramiento de las garantías ciudadanas. Buscar ese equilibrio es lo que le imprime un carácter especial.

Si bien es cierto que en sus inicios fue el fruto de un pacto político que le garantizaba privilegios especiales a la Administración, no es menos cierto que su objetivo real era regularizar el ejercicio del poder de modo que no sea contrario a las libertades de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo le reconoce y consagra privilegios y prerrogativas a la Administración Pública, pero a la vez le impone límites a esos privilegios y a la actuación de aquélla, en función de garantizar los derechos ciudadanos conquistados desde la Revolución, como eran la igualdad, libertad y legalidad.

De otra forma no habrían podido ser coherentes aquéllos revolucionarios, pues ellos crearían una estructura de poder aún más fuerte que la que existió en la Monarquía, y algo debía entonces marcar límites a aquel poder. Esa tarea se le asignó al Derecho Administrativo. Por ello puede decirse que es más un efecto que un fin en sí mismo, porque la Administración Pública no lo sucede sino que lo antecede, éste no vino a crearla sino que surgió de ella.

Pero aparte ya las circunstancias y detalles históricos, muy relevantes en esta materia, lo cierto es que el Derecho Administrativo es especialísimo por esa característica de servir de balanza de poder: coloca prerrogativas y privilegios públicos frente a garantías y derechos ciudadanos. Ello se mantiene en vigencia actualmente en el Derecho Administrativo de influencia francesa, como es el venezolano y es lo que le imprime, justamente, su especialidad.

A. Autotutela administrativa

Cuando se hace referencia a que el Derecho Administrativo le reconoce privilegios y prerrogativas a la Administración Pública se está aludiendo a la situación privilegiada de ésta que constituye la llamada autotutela administrativa.

Ella resume lo que son las “prerrogativas en más” que el Derecho Administrativo reconoce a la Administración Pública y que se materializan en distintas ventajas que hacen más efectiva la actuación administrativa.

Ahora bien, la autotutela administrativa ha sido explicada, erróneamente, por la mayoría de los autores venezolanos, así como por la jurisprudencia patria, como la potestad que tiene la Administración Pública de ir contra sus propios actos, de proceder a revisar, de oficio o a instancia de los interesados, los actos dictados por ella, después de que éstos han producido efectos³.

Sin embargo, si bien es innegable que tal potestad de revisión de oficio de los actos de la Administración es un reflejo de esa potestad de autotutela, no es exactamente lo que mejor define tal privilegio de

³ Sobre este particular puede revisarse la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, del 31 de enero de 1990, caso Farmacia Unicentro, que señala: “la autotutela es la gestión administrativa que permite revocar...” Asimismo, más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 4 de julio de 2003, caso Edilio E. Villegas Díaz se pronuncia señalando que: “La potestad de autotutela administrativa efectivamente involucra, en lo que se refiere a la revisión de actos administrativos tres elementos adicionales como son la potestad confirmatoria, cuando la Administración reitera el contenido del acto previo; la potestad convalidatoria, que comprende aquellos supuestos en el que el ente u órgano subsana vicios de nulidad relativa; la potestad revocatoria, la cual obedece a que la Administración puede extinguir el acto administrativo cuando constate vicios que lo revistan de nulidad absoluta...” De manera que, la noción de autotutela ha sido, en la mayor de las oportunidades, vinculada únicamente con la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos con la que cuenta, de acuerdo con la ley, la Administración Pública y la posibilidad de revocar y anular sus propios actos, cuando fuere procedente, por su puesto con las limitaciones que la misma ley le impone. Así lo prevén los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,

autotutela. Es quizá tan solo una consecuencia incidental y secundaria de la misma. Una mínima parte o manifestación de ella, que en forma alguna constituye el núcleo esencial de lo que realmente supone la situación privilegiada de la Administración Pública.

La autotutela administrativa, como aquí se entiende, es el privilegio de fondo, verdaderamente importante, trascendental, que la ley, más específicamente, el Derecho Administrativo, le ha otorgado y reconocido a la Administración Pública, aplicable a aquellos casos en los que interactúa con los particulares investida de su poder de imperio.

Es, nada más y nada menos, la herramienta que le permite cambiar el estado jurídico de una situación preexistente, sin que haga falta que tal declaración, y luego, su puesta en práctica, sea reconocida y ordenada, previamente, por la autoridad judicial competente, es decir, por los tribunales.

Como es sabido, en todo Estado de Derecho lo propio y fundamental es el apego al principio de legalidad, la división de poderes y la sumisión a los tribunales de justicia para la solución de cualquier tipo de conflicto. Ahora bien, esa sumisión en el caso de la Administración Pública, gracias a la autotutela administrativa, podemos decir que es posterior. Ella está habilitada para actuar efectivamente sobre los particulares sin la habilitación previa de un tribunal, que solo "*a posteriori*" podrá revisar la legalidad de su actuación, si así ha sido reclamado por algún interesado afectado.

García de Enterría (1995, 487) explica la autotutela administrativa como un conjunto de prerrogativas, de poderes de actuación de la Administración, contraponiéndolo a la situación de los particulares y los jueces. En ese análisis comparativo entre la Administración Pública, los

tribunales y los particulares, textualmente, refiriéndose a la primera, señala:

... Para producir esos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone como hemos dicho de medios propios de ejecución. Puede en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (privilegio de autotutela).

Siguiendo con ese estudio de la condición privilegiada de la Administración Pública frente a los Tribunales de Justicia, señala el mismo autor:

...la Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad... (omissis) ...de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad... (omissis) ...tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento... (omissis) ...la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción. (García de Enterría y Fernández, 1995, p. 471).

De allí que, resumiendo, concluye:

... La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los

demás sujetos, de recabar una tutela judicial... (García de Enterría y Fernández, 1995, p. 487).

Queda con todo a la vista que “autotutela” supone o es la potestad que la Administración Pública tiene para “hacerse justicia por sus propios medios”.

Una condición de tal carácter, una potestad de actuación como la descrita, no es concebible a favor de los particulares, quienes, en virtud del principio de “paz jurídica”, necesariamente tienen que acudir a la autoridad judicial a solicitar sus derechos o pretensiones para entonces poder gozar de la situación jurídica a la que tienen derecho según la ley.

Desde esta perspectiva integral, es dable afirmar que la autotutela administrativa es, definitivamente, el privilegio de la Administración Pública. Es lo que representa y caracteriza la actuación especial de la Administración. Es lo que la distingue del resto de sujetos públicos y privados.

En ella se resumen, y tienen punto de partida, todos y cada uno de los privilegios de la Administración Pública e, incluso, vale decir, que de ella se han levantado, creado y consuetudinariamente aceptado algunos dogmas que en torno a la Administración Pública se han erigido en el tiempo y que tenemos, todavía, hoy día en vigencia.

Esa autotutela administrativa la vemos representada en los actos administrativos por su especial carácter ejecutivo y ejecutorio, así como en los contratos administrativos por la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes del Derecho Común.

Entendida así, como la potestad que tiene la Administración de hacerse justicia por sus propios medios, la autotutela administrativa es la primera cara que nos enseña el Derecho Administrativo.

B. Protección de las garantías ciudadanas

Pues bien, frente a tanto privilegio, de tanta envergadura, se impuso entonces la necesidad de equilibrar la balanza, de ser coherentes con el discurso, de lograr la verdadera igualdad que se propugnaba. Por consiguiente, el Derecho Administrativo muestra su otro cariz, su segunda lectura, perfectamente entrelazada con la anterior y que justamente le sirve de límite, le marca el camino, le impone las formas.

Sin duda, esta otra cara del Derecho Administrativo se encuentra íntimamente ligada al reconocimiento de los derechos fundamentales que supone todo Estado de Derecho.

Como señala el autor alemán Schmidt-Assmann (2003, 71), si bien en un sistema distinto, perfectamente aplicable a nuestro caso:

...Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho Administrativo de post-guerra. Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación...⁴

⁴ Para más abundamiento sobre el tema ver: Schmidt-Assmann Eberhard (2003, 71 y ss).

Esa otra cara del Derecho Administrativo es el reconocimiento, respeto y protección a las garantías ciudadanas.

En aquel momento de la Revolución Francesa las garantías ciudadanas estaban consagradas en textos legales, no existía la Constitución como norma jurídica, por ello se habla de principio de legalidad, más en nuestros días ese principio debe entenderse como abrasivo de todo el ordenamiento jurídico, fundamentalmente desde la Constitución.

El Derecho Administrativo protege las garantías constitucionales y legales de los administrados, de los ciudadanos, es decir, de los mandantes de la Administración Pública.

Con ello el Derecho Administrativo logra el equilibrio que estaba llamado a propiciar. Ese equilibrio está representado en las exigencias que el mismo hace a la Administración Pública a la hora de actuar, como contrapeso a las prerrogativas y privilegios que le reconoce, o sea, como contrapeso a la autotutela que le otorga a la Administración Pública.

Así como la autotutela representa las “prerrogativas en más”, el respeto y reconocimiento de las garantías a los derechos ciudadanos representan las “prerrogativas en menos” que el Derecho Administrativo coloca en cabeza de la Administración Pública.

Ciertamente, los derechos y garantías ciudadanas están consagradas en el Texto Constitucional, más, sin embargo, a nivel legislativo, es el Derecho Administrativo el que al desarrollar la forma de actuación de la Administración Pública hace el llamado al respeto de tales derechos, en cualquier forma de actuación administrativa.

Son diversas las manifestaciones de tales garantías que se encuentran consagradas por el Derecho Administrativo y que tienen plena vigencia y aplicación en nuestros días.

Partiendo de lo general a lo particular, desde la forma de los actos administrativos, regulada en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que describe la forma obligatoria y los elementos que debe contener un acto administrativo, hasta la consagración de diversos procedimientos administrativos que deben preceder la emisión de cualquier acto administrativo de que se trate.

Dentro del procedimiento administrativo, cualquiera que éste sea, debe respetarse, el derecho a la defensa de los ciudadanos, el derecho a su participación activa dentro del procedimiento y el establecimiento de los recursos que puede ejercer contra los actos administrativos dictados por la Administración Pública.

Como garantía a los particulares existe la obligación de que la voluntad administrativa deba ser manifestada formalmente por escrito, cumpliendo con extremos especificados en la ley, suficientemente motivada; y que sea debidamente notificada a su destinatario según los mecanismos de publicidad que imponga la ley y la responsabilidad administrativa. Cosculluela Montaner (2002, 43) añade la sumisión al principio de igualdad en las técnicas de selección de contratistas, y al de mérito y capacidad en la selección de sus funcionarios; las técnicas de control del gasto público y el sistema de responsabilidad administrativa.

Con todo, lo que tenemos es que el principio de legalidad sujeta el actuar de la Administración, con lo cual ésta solo podrá hacer aquello que está facultada expresamente por ley a hacer. Ello nos lleva al tema de la

organización administrativa, del principio de competencia que valida la actuación de la Administración Pública, entre otras cosas.

Fundamentalmente están allí para garantizar el libre ejercicio del derecho fundamental a la defensa, la seguridad jurídica y finalmente, el restablecimiento judicial del derecho infringido si lo hubiera.

Las enumeradas son algunas de ellas, las que se presentan como las más importantes y evidentes, sin menoscabo de que existan muchas más.

Lo que se quiere es representar, ejemplificadamente, esta otra cara de la moneda que nos enseña el Derecho Administrativo y que sumada a la anterior resulta o pone de manifiesto esa labor de equilibrio propia de esa rama del Derecho que le imprime el carácter especial que se ha enunciado.

El Derecho Administrativo no es solo el derecho que privilegia a la Administración Pública, es también el derecho que protege los derechos y garantías ciudadanas. Es prerrogativa y regla. Es derecho y deber, al mismo tiempo.

Como elocuentemente lo enseña Escola (1989,25) la necesidad de que el estado intervenga en la satisfacción de los intereses generales, del bienestar general que propugnan las constituciones, como la venezolana, supone un riesgo:

... el riesgo tremendo de que ese intervencionismo termine por aherrojar al individuo, restándole toda iniciativa y responsabilidad, concluyendo por cercenarle sus libertades y derechos, sin siquiera brindarle aquel bienestar general al que todos justamente aspiramos.

Continúa entonces el citado autor señalando que:

...En la medida en que la autoridad se fortalece, indefectiblemente más se limitan y restringen las libertades, correspondiéndole al derecho administrativo la grave responsabilidad de estabilizar el péndulo entre aquellos dos polos a un mismo tiempo opuestos y complementarios...

Una pregunta surge para el autor citado al plantear la importancia y gravedad del problema:

...¿Cómo podrán garantizarse los particulares de que el Estado habrá de cumplir con su finalidad de contribuir y posibilitar que cada uno de nosotros, y en su conjunto nuestra comunidad, alcance el bienestar general, por cuyo logro efectivo consentimos en desprendernos de alguna porción de nuestras libertades y derechos originarios?...

La respuesta no es otra que a través del Derecho Administrativo, que así como otorga privilegios que se traducen en poder para la Administración Pública, le impone deberes en la consecución del fin que la justifica: garantizar a los ciudadanos, a todos, ese bienestar general en el que, sin duda, se protegen sus libertades y derechos. De allí la especialidad del Derecho Administrativo y su tarea de equilibrar ambos extremos.

CAPÍTULO III

JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luego de entender los alcances de la especialidad del Derecho Administrativo, es necesario estar claros, puntualmente, en que cada vez que éste sea aplicado a un caso determinado estamos en presencia de las dos caras de la moneda, la autotutela administrativa (condición privilegiada) y del respeto intenso a las garantías y derechos ciudadanos, (obligación especial).

Ahora, llegado a este punto, se hace necesario saber, de cara a ese privilegio tan particular que supone la autotutela administrativa, lo que se presenta como uno de los puntos de quiebre en la materia: cuál ha sido o es la causa de tal reconocimiento: Cuál es su justificación final. Por qué se le ha otorgado a la Administración Pública semejante poder de hacerse justicia por sus propios medios. El poder de crear, modificar o extinguir el “status quo”, las situaciones jurídicas y de hecho preexistentes, sin requerir de una declaración judicial previa que la habilite a actuar, doscientos años después de la Revolución Francesa.

Seguidamente, una vez descubierta la razón, la justificación de tal privilegio, entonces se podrá determinar en qué circunstancias dicho privilegio acompaña a la Administración Pública en sus relaciones con los administrados ¿Cuándo es aplicable el Derecho Administrativo? ¿Acaso siempre, o solo en determinadas circunstancias?

Para ello, comenzaremos por enumerar las distintas razones que se han apuntado en el tiempo como justificación de la autotutela administrativa, describiéndolas brevemente, a modo de propuestas, seguidas de un análisis crítico que pone a prueba el peso real de tales justificaciones, para acogerlas o desecharlas, razonadamente. Posteriormente, se podrá determinar cuándo la Administración Pública actúa acompañada legítimamente de dicho privilegio, es decir, cuándo el Derecho Administrativo debe regular su actuación y cuándo, por el contrario, no.

1. Razones que han justificado la aplicación del Derecho Administrativo a la Administración Pública

Partiendo de la noción de autotutela administrativa, entendida como aquella que resume la condición privilegiada de la Administración

Pública frente a los particulares y frente al resto del Estado, resulta necesario comenzar a analizar qué cosa especial ha dado paso al reconocimiento jurídico de tal privilegio a través del Derecho Administrativo, a fin de indagar y determinar, si es posible, cuál es la justificación final que lo mantiene vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se han ensayado y propuesto diversas teorías. Se concretan las siguientes.

a) Razones Históricas

En el Antiguo Régimen, como se le suele denominar al absolutismo francés, el Rey concentraba el Poder que le venía otorgado directamente de Dios. Era quien dictaba las leyes, reglamentos y actos para imponer su voluntad, en forma general o particular, así como las sentencias que resolvían las controversias entre partes que pudieran suscitarse.

Para entonces, tanto los actos dictados por el Rey, en ejercicio de funciones administrativas (actos administrativos), como aquellos dictados en ejercicio de función judicial (sentencias), tenían el mismo valor, jerarquía y efectos. Ambos eran actos reales, con igual carácter ejecutivo y ejecutorio, pues, a fin de cuentas, en el caso de los actos administrativos, no habría tenido sentido un control posterior. Ese sería efectuado por el mismo sujeto que dictó el acto, o sea, el Rey.

Ese carácter ejecutivo y ejecutorio totalmente subjetivo que imperó en el absolutismo francés obtuvo continuidad luego de la Revolución Francesa.

En primer lugar, habría que decir que esa continuidad respondió simplemente a la falta de fundamentos para objetarlo. No eran necesarias más explicaciones. Así lo mantuvieron los revolucionarios franceses. Pero

yendo más allá, ciertamente otras razones pueden justificar tal continuidad.

Como se ha venido señalando, cercano el final de la monarquía, el Rey enfrentaba a los antiguos Parlamentos, es decir, a los Jueces, que, si bien reales, formaban parte de la nobleza. Los Tribunales estaban conformados por una clase privilegiada y los cargos judiciales, como explica Vélez García (1994, 2) se compraban, vendían y heredaban entre ellos. Era, así, un Poder real, al que, no obstante, no tenía acceso el Rey.

Los jueces en el Antiguo Régimen y durante muchos años, pero especialmente durante el siglo precedente a la Revolución Francesa, se transformaron en la principal piedra de tranca para el Rey, no solo a través del registro de las leyes y reglamentos reales, sino que su capacidad llegaba, incluso, a paralizar obras públicas a través de su autoridad sobre los administradores.

Ese distanciamiento entre Rey y Parlamentos se acentuó con el paso del tiempo y éstos lograron un poder sobre el Rey nada desdeñable. Eran ellos quienes le daban eficacia a las leyes y reglamentos reales, a través de su registro. Ese registro no era la simple y automática transcripción de dichas leyes y reglamentos reales, sino que los jueces, en ejercicio de esa potestad, podían objetarlos y, a través de esa vía, lograban obstaculizar y controlar la actividad del Rey, especialmente en lo que les afectaba como grupo social, como era el tema de los impuestos y tasas.

En cuenta de ello, los revolucionarios, que vivieron y conocieron esta relación entre el Monarca y los Parlamentos, así como el enfrentamiento que entre ellos permanecía, apenas triunfa la Revolución y asumen el Poder, adoptan en el seno de su gobierno el postulado, que ya

se ha referido, sobre el cual “los tribunales no pueden emprender funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

Allí encontramos la consagración de ese principio que ha llegado a ser un dogma en el Derecho Administrativo, del cual no escapan nuestros jueces y autores: “juzgar a la Administración es Administrar” y “el Juez no puede sustituirse en la actividad de la Administración”, así como muchos más que se repiten en infinidad de oportunidades.

En atención a ese principio de no-control que propulsaron los liberales, los actos administrativos continuaron teniendo el carácter ejecutivo y ejecutorio propio de las sentencias judiciales, ahora con más fundamento: la separación de poderes. Se trataba, de este modo, de la voluntad de una Administración que acabó con los abusos del Rey y que actuaba sobre la base de los principios de libertad, igualdad y legalidad, lo que supone que su actuación era legítima, vale decir, sus actos eran legítimos.

De allí, que las decisiones de la Administración no requieran la previa declaración judicial para ser llevadas a cabo en toda su extensión, incluso coercitivamente, por sus propios medios. Encontramos aquí la cuna del privilegio, que luego se ha mantenido jurídicamente, gracias al Derecho Administrativo. La Administración puede hacerse justicia por sus propios medios. Sus actos son, por ende, “ejecutivos y ejecutorios”.

Así fue empleada, en la época, la tesis de la separación de poderes de Montesquieu, interpretada de forma muy distinta a la que él originalmente atribuyó, por la cual les estaba vedado a los jueces enjuiciar a la Administración, interpretación que solo venía a favorecer a esa Administración poderosa que nace con la Revolución Francesa y al no-

control que se pregonaba sobre ella y vino a justificar también la continuidad del privilegio en el actuar de la Administración.

García de Enterría (1994, 31) refiriéndose a la interpretación que hacía Montesquieu sobre el Poder Ejecutivo señala: “Resulta claro que a este poder se atribuye únicamente una función de relación y defensa externa o internacional, con la única excepción de establecer la seguridad, que en su impresión puede tener también una aplicación interior”.

Ahora bien, ciertamente, las razones históricas que caracterizan el nacimiento de la Administración Pública son trascendentales, incluso necesarias, para entender con claridad muchos aspectos importantes del Derecho Administrativo. Se invocan, por muchos, como causa o justificación de la existencia del privilegio de autotutela administrativa que se mantiene en nuestro sistema actual.

Sin embargo, resulta preciso señalar que, éstas, tienen una enorme utilidad, pero, más que para dar una justificación, en sí, a título informativo. Nos permiten conocer cuál es el origen de la Administración Pública, del Derecho Administrativo que conocemos y, en fin, de ese privilegio de autotutela que analizamos.

Pero el origen nada tiene que ver con la justificación actual de una institución. Lo explicado sobre la Administración Pública y su nacimiento en Francia, después de la Revolución Francesa, resulta insuficiente para concretar las razones que justifican la existencia del privilegio.

No es satisfactorio el análisis si se colocan esas razones históricas como fundamento, porque bien podríamos decir que, hoy en día, en nuestro sistema, tenemos una concepción del Estado totalmente distinta a

la que se tuvo en Francia antes y luego de la Revolución. El principio de separación de poderes, por una parte, tiene una connotación diferente de la que privó en Francia para justificar aquel Estado. El Poder Judicial, por su lado, ahora cuenta con la competencia expresa para revisar los actos de la Administración y, a la vez, hay una total distinción entre sentencia y acto administrativo.

Esta circunstancia bien podría ser suficiente para cambiar el principio de autotutela de la Administración, empero, mantenemos en plena vigencia el privilegio de autotutela de la Administración Pública, a lo que solo queda continuar indagando para hallar una respuesta. En similares términos lo explican García de Enterría y Fernández (1995, 486).

b) El carácter democrático de las autoridades públicas

En un sistema democrático, las autoridades encargadas de las Administraciones Públicas son elegidas popularmente, de modo directo o indirecto.

A través del ejercicio constitucional del voto, la colectividad ejerce su soberanía en la elección de las autoridades públicas. Sea directamente, como el caso venezolano, o indirectamente como ocurre en sistemas parlamentarios, la mayoría del colectivo elige a las personas o grupos de personas para que ejerzan y administren el Poder Público que les es conferido mediante el voto.

De ese carácter democrático surge, efectivamente, la legitimidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y a esta característica ha sido atado el “principio representativo”, por el cual las autoridades elegidas por el pueblo, a través del voto, ejercen la representación política de ese pueblo a través de sus actos.

Lo anterior, sucintamente, lo explica García de Enterría (1997, 50) al señalar: “Cuando se enfatiza la legitimidad democrática de los administradores se está apuntando, aunque más intuitiva que técnicamente, a la aplicación a sus actos del mecanismo de representación política: tales actos vendrían a valer como propios del pueblo a quien los administradores representan”

Eso lleva a proponer esta circunstancia, propia de regímenes democráticos, como una posible justificación del privilegio de autotutela con que cuenta la Administración Pública⁵. Lo que supondría es que si las autoridades democráticamente electas han sido encargadas justamente por el colectivo para ejercer el poder público, entonces todos sus actos serán legítimos en virtud de esa elección.

Este argumento deriva, igualmente, de la Revolución Francesa y del Estado francés que la sucedió, y como es de observar ha sido empleado hasta nuestros días. Básicamente refiere que la Administración democrática se legitima en el pueblo. Con la consecuencia inmediata de que sus actos, todos ellos, son también legitimados por el pueblo que los eligió.

Esta construcción fue utilizado así por los revolucionarios franceses para justificar la separación de poderes como prohibición para los jueces de enjuiciar a la Administración Pública, que ahora representaban, de manera que surgió, entonces, la etapa conocida como de justicia retenida en la propia Administración Pública, en razón de que, como recogen García de Enterría y Fernández (1995, 484) “juzgar a la Administración,

⁵ En el sistema de derecho norteamericano rige, con fundamento en esto, una deferencia judicial hacia el Ejecutivo, por la cual, en caso de dudas se presume que la Administración tiene la razón y obró correctamente. Al efecto, revisar García de Enterría (1997, p.169 y ss).

sigue siendo administrar.” Por ello, solo la Administración podía juzgarse a sí misma, en el entendido que con tal función sigue administrado.

En este orden de consideraciones, habría que señalar que, como esas autoridades han sido elegidas por el pueblo democráticamente, cuentan, en el ejercicio de sus cargos, con una legitimidad política derivada de ese proceso electoral al que se sometieron, y que esa legitimidad podría irradiar sus actuaciones y, en tal sentido, hacerlas presumir legítimas, emanadas del pueblo que los eligió, y, en ese sentido, otorgarles el privilegio de autotutela, haciéndolas ejecutivas y ejecutorias.

Sin embargo, frente a tales razonamientos salta a la vista que la elección popular de las autoridades democráticas que conforman la Administración Pública, efectivamente, legitima “políticamente”, a aquéllos que han sido electos, y a ésta, frente a la sociedad en general. No hay duda.

Más, no acompaña a tal circunstancia una libertad de actuación más allá, o al margen del Derecho. Es decir, que las autoridades públicas sean electas popularmente no implica, en absoluto, que tales autoridades, en su actuación, respeten siempre, al pueblo que las elige democráticamente.

Ellos, al igual que cualquier otro funcionario público, deben ceñirse estrictamente al principio de legalidad y sus actos solo responderán al texto de la Ley, por lo que no podrá extenderseles legitimidad a sus actos derivada del pueblo que elige a sus autoridades. La única legitimidad que les da el pueblo, mediante la elección, es la de ocupar el cargo del que se trate, por el período correspondiente, nada más.

Y es que la concepción del Estado de Derecho, se opone absolutamente a esta concepción, toda autoridad pública, independientemente de la forma en la que ha sido designado en el cargo, debe atarse al cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico en todas y cada unas de sus actuaciones.

Como lo explica García de Enterría (1997, 50), haciendo referencia a la legitimidad democrática de los administradores:

... El mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las Cámaras legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales- mucho menos a toda la miríada de funcionarios a quienes con la fórmula directa o indirectamente democráticos parece aun pretender extenderse el mismo principio representativo...

Con ello, quedaría sin fundamento el argumento según el cual el carácter democrático de los funcionarios públicos, democráticamente electos, que conforman la Administración, le imprime a sus actos legitimidad en tanto son expresión de la voluntad del pueblo. Nada más alejado de la realidad, los actos de tales autoridades deben cumplir, como todos los demás actos administrativos, estrictamente la letra de la Ley, so pena de ser declarados nulos, y las autoridades, en todo caso, están al servicio del colectivo, para ello fueron electas.

Esta condición de los funcionarios públicos democráticamente electos, poco tiene que ver con el privilegio de autotutela administrativa, pues en nada deriva de este carácter democrático la justificación para que los actos administrativos gocen de ejecutividad y ejecutoriedad.

c) El principio de legalidad y la presunción de legalidad de los actos administrativos

En franca relación con lo anterior, se presenta el pilar fundamental de todo Estado de Derecho: el principio de legalidad. En palabras de Vélez García (1994, 19), supone el sometimiento de todos los órganos y sujetos públicos y privados a la normatividad del Estado.

Como sabemos, por aplicación de ese principio, todos los órganos del Poder Público están sometidos al Derecho, al ordenamiento jurídico íntegro. Es el imperio de la Ley el que rige en un Estado de Derecho. De ello deriva, en principio, que la actuación de la Administración Pública debe siempre estar enmarcada en el texto de la Ley, pues, como parte del Poder Ejecutivo, su función natural es la de ejecutar las leyes.

Lo explica particularmente García de Enterría (1995, 484), al señalar que la Administración: “es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa necesariamente sometida a la legalidad, la cual a su vez es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma...”

Por eso, es necesario concluir, si queremos ser coherentes, que toda actuación de la Administración habrá de presumirse legal, ya que ésta, y no otra, es la forma como se le ha encomendado actuar.

Consecuentemente, se ha dicho, sus actos, gracias a esa presunción de legalidad, tienen carácter ejecutivo y ejecutorio. Se presumen legales y, en tal sentido, son capaces de producir sus efectos inmediatamente. Son un título ejecutivo los actos administrativos,

cualquiera que ellos sean, y al tratarse de la Administración, ésta los ejecuta. Para muchos aquí reside la razón de tal privilegio de autotutela.

Como se explicó antes, los actos administrativos se presumen legales y, en tal sentido, hasta tanto sea desvirtuada esa legalidad en un proceso impugnatorio, surtirán efectos y serán ejecutados por la propia Administración desde que se dictan.

Sin embargo, y aunque ello es cierto, no es menos cierto también que el principio de legalidad arroja a todos dentro de un Estado de Derecho.

El Poder Judicial, por ejemplo, es parte del Poder Público, al igual que el Ejecutivo, está sometido a la Ley en su actuar; es más, debe realizar su función propia de administrar justicia, dándole a cada quien lo que le corresponde conforme a la Ley.

Su actividad de subsunción de los hechos en la norma jurídica, para, finalmente, aplicar la consecuencia jurídica derivada de ella, lo sujeta al principio de legalidad.

Empero, las sentencias, si bien ejecutivas, no son ejecutorias desde que se dictan, y cualquier recurso, ordinario o extraordinario, contra ellas suspende como regla general su ejecución, a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo. La sentencia solo adquiere esa fuerza cuando queda definitivamente firme, es decir, cuando contra ella se han ejercido todos los recursos previstos en la Ley. El Poder Judicial, sujeto también al principio de legalidad como parte del Poder Público, no cuenta, como la Administración, con un poder de autotutela, que haga a sus sentencias ejecutivas y ejecutoras apenas se emiten.

Por otra parte, los particulares, al actuar, deben igualmente cumplir con la Ley. La pueden transgredir, igual que la Administración, pero a ella le está dado que sus actos se presuman legales, pues sólo conforme a la ley está llamada a actuar.

A lo que se quiere llegar es a señalar que todos, dentro del Estado, estamos sometidos al imperio de la Ley y no por ello contamos con tal prerrogativa. Ésta es exclusividad de la Administración Pública.

Ciertamente el principio de legalidad abona y comienza a hacer pensar en que nos acercamos a la razón; al fundamento que respalda la consagración jurídica del privilegio de autotutela administrativa; a su justificación; aún así, no parece ser lo determinante para conocer el por qué de la autotutela administrativa.

d) El principio de eficacia

La necesidad de que la Administración Pública sea eficaz en su actuación podría proponerse, sin duda, como la justificación del privilegio de autotutela que ostenta. Es a ella a quien se le ha encargado la función de ejecutar las leyes en procura del colectivo, al servicio del cual está. Al actuar, lo hace en beneficio de todos. De manera que a todos, en principio, interesa que la Administración sea eficaz.

Esa eficacia, por sí misma, supondría la continuidad que debe garantizarse de los servicios públicos que están a su cargo; la calidad en la prestación de los mismos; la respuesta oportuna a las solicitudes de los administrados y, en fin, la satisfacción de los intereses colectivos.

Para ello, preciso resulta, sin mucha discusión, comprender que será necesario que se le otorgue a la Administración la potestad de

actuar, directamente, en cumplimiento del principio de legalidad, y especialmente sin que necesite, para llevar a cabo sus fines, de una declaración previa dictada por un órgano distinto a ella, por un Tribunal de la República.

Habrán quienes propugnen que el sistema para ser eficaz debe concebirse así. Si no pasarían a un segundo plano las necesidades que impone el colectivo en la prestación de los servicios y en todo lo que constituye la actividad de la Administración Pública.

Adicionalmente, es fácil sostener que quien cuenta con los criterios técnicos necesarios y con la infraestructura técnica y humana que le permite efectuar las actividades que le competen, en la forma más eficiente y más eficaz, es la propia Administración Pública, de manera que quién mejor que ella para declarar sus derechos e intereses y para ejecutar sus propios actos.

Queda así planteada, muy sencillamente, una razón, la eficacia, que justifica la necesidad de otorgarle a la Administración Pública el privilegio de autotutela. Ello permita que la Administración Pública actúe de forma eficaz, ya que no tendría tiempo que perder en someter su voluntad a la aprobación previa de un juez.

La eficacia en el actuar de la Administración es un valor que, sin duda, todos reconocemos necesario por los cometidos que están a su cargo.

Sin perjuicio de ello, sostener que la razón de ser de la autotutela administrativa es, simplemente, la eficacia de la Administración, sería aceptar el fracaso de la misma como mecanismo para lograr obtener una Administración Pública verdaderamente eficaz.

Para apoyar esta afirmación es útil citar lo que al efecto explica Sánchez Morón (1982)

...durante mucho tiempo el mito de la eficacia indiferente, tan frecuentemente utilizado como justificación jurídica de la libertad de acción administrativa, ha convivido con una Administración evidentemente ineficaz; incluso podría decirse, exagerando un poco la nota, con una Administración indiferente a la eficacia...

Continúa el citado autor:

...el principio de eficacia de la Administración debe tener su concreción jurídica en otros aspectos de la organización y de la acción administrativa, que podrán afectar a situaciones de privilegio y descontrol dentro y fuera de la Administración, a pretendidos derechos adquiridos y aún al ejercicio de derechos e intereses legítimos en ocasiones. En otros términos, dicho principio legitima la adopción de decisiones racionalizadoras de la organización administrativa e incluso podría invocarse contra actuaciones discrecionales de la Administración junto a la infracción de otros principios generales, como los de igualdad, proporcionalidad, imparcialidad, etc. (por ejemplo, en el ámbito de la contratación y las concesiones administrativas o del Derecho funcional o en las relaciones entre varias Administraciones públicas). Pero, de esta doctrina jurisprudencial expuesta, difícilmente podrá servir de justificación para limitar la efectividad de las garantías judiciales...

Lo anterior pone en duda que la eficacia pueda servir de fundamento al privilegio de la Administración, además de que, valga decir, en otros sistemas de Derecho, como el anglosajón, en los que no existe el privilegio de autotutela a favor de la Administración, se cuenta con Administraciones mucho más eficaces que la nuestra.

Como explica García de Enterría y Fernández (1995, 478), el sistema anglosajón es un sistema diametralmente opuesto al de los sistemas continentales como el nuestro; así señala que:

... su coherencia no precisa para nada acudir a la noción de un poder autónomo interpuesto, dotado de subjetividad y de unos especiales privilegios, poder que es la Administración en los sistemas continentales. Los actos administrativos, como actos aplicativos de la ley, tienen la autoridad vicaria de la ley que aplican. No cumplir lo que ordena un acto administrativo se equipara, por ello, a incumplir la Ley, en que el mismo se funda, lo cual constituye una infracción penal, según el más antiguo common law. El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad, en el sentido que hemos expuesto, simplemente quien no lo cumplimenta puede ser inculpado ante el juez penal... en ese proceso penal el inculpado podrá excepcionar, sin limitaciones, sobre la validez, formal y de fondo, del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así, legitimada...

Con todo, queda en evidencia que, a pesar de que la eficacia en el actuar de la Administración Pública es más que deseable por todos, está lejos de ser la razón que justifique el privilegio. Es si se quiere, un indicio más de que debe haber algo superior que todos deseamos que se logre sin dilaciones y, por qué no, de forma eficaz.

e) El interés general

Para entrar en la noción de interés general se hace necesario partir de la noción primaria del servicio público.

La noción de servicio público está plenamente relacionada con la actividad desplegada por la Administración Pública.

La actividad prestacional estuvo siempre en manos de la Administración Pública, que era quien, en principio, tenía la capacidad necesaria para asumir una tarea de tal envergadura, como es la de prestar servicios públicos. Nada más unido a la colectividad a la que, precisamente, se debe esa Administración.

Así, en sus inicios, la Administración Pública estaba totalmente identificada con esta noción, hasta el punto que se señalaba que la Administración Pública era tal, en la medida en que prestaba servicios públicos, y daba satisfacción con ellos al interés general. La Escuela de Burdeos, que tuvo gran influencia en Francia, reduce, como explica Lares Martínez (1988, 223) todo el Derecho Administrativo a la teoría del servicio público.

Para Dugüit, (citado por Escola, 1989, 8), “la noción de servicio público, contiene y agota toda la estructura del derecho administrativo, que es así considerado como un conjunto de reglas que se aplican a los efectos de los actos administrativos y al funcionamiento de los servicios públicos.”

El mismo autor, (1928, citado por Lares Martínez, 1988, 223), representante de la Escuela de Burdeos, señala que: “el servicio público es el fundamento y el límite a la vez, del poder gubernamental”.

Según lo relatado por Escola, (1989, 7), cuando se refiere a la necesidad de buscar ideas unitarias que dieran fundamento al Derecho Administrativo señala: “La primera de las posiciones importantes en este sentido es la de quienes, en Francia, entendieron que la idea liminar del derecho administrativo, aquella que le servía de verdadero fundamento y sostén, era la noción de ‘servicio público’”.

El estudio de esta noción ha pasado por innumerables criterios, cambios de sistemas y adaptaciones que, en todo caso, no pretendemos abarcar. Sería ambicioso, incluso, intentar plantear siquiera una definición de servicio público. Basta, a nuestros fines, con señalar, con Rodríguez Laverde (1999, 43), que “el surgimiento de la noción de servicio público se ha entendido como una consecuencia del proceso evolutivo que a través

de las distintas épocas han experimentado los conceptos de dominio público y uso público”

Continúa la citada autora explicando que la actividad de servicio público logró llegar, en su desarrollo evolutivo, a ser entendida como una actividad de prestación distinta a las actividades de policía administrativa y de fomento, que existían, y ello nos basta, a nuestros efectos. El servicio público es una de las actividades de la Administración Pública, quizá, la más trascendente e importante de todas, pero no la única.

Ciertamente, la Administración Pública ha crecido en estructura y actividades y hoy la vemos involucrada en mucho más que la prestación de servicios públicos tradicionales, que marcaron su origen. Ahora bien, lo determinante es que esa noción de servicio público, que alude a una de las actividades propias de la Administración Pública, se hizo insuficiente para explicar, íntegramente, la actividad administrativa, ya que parafraseando a Escola (1989, 9), la noción era exagerada pues si bien la Administración Pública actúa con el propósito esencial de lograr la satisfacción de las necesidades públicas, no todo lo que hace para alcanzar ese objetivo primordial puede ser calificado, definido, como servicio público, al contrario se diferencia de éste.

Todo ello da paso, entonces, a un concepto más amplio, capaz de abarcar las diversas situaciones en las cuales la Administración Pública actúa en procura de una satisfacción directa e inmediata de las necesidades públicas, una noción omnicomprendensiva de la actuación administrativa, esa noción es: el interés general.

Resulta útil acudir a Jiménez Blanco (1993) quién señala que: “Lo delicuescente del concepto de servicio público es, en parte, lo que llevó a que emergiese la noción de interés general como gran criterio delimitador

de la actividad de la Administración. Es la tesis de Rivero. En España, el artículo 103.1 es apodíctico: la tarea de la Administración es el servicio a los intereses generales -en plural-; por ellos se justifica”.

Ahora bien, si resulta complejo y borroso definir el servicio público, el concepto que de él se extrae y que le supera en amplitud, es aún más intrincado.

Sobre esa noción de interés general, señala Nieto (1991, citado por Jiménez Blanco, 1993):

... Ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado. Todo el mundo está de acuerdo en que (tal como declara la Constitución española) la Administración está al servicio de los intereses generales de la comunidad; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza: ni en qué consisten estos intereses generales, ni quién ha de determinarlos, ni, en fin, si cabe un control judicial posterior a las definiciones que quien quiera que sea haya hecho previamente. Los intereses generales han entrado así en el mundo de los ‘conceptos inaprensibles’ a los que no tiene acceso la capacidad definitoria de la mente humana. Y es que se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan...

De manera que definir el interés general será una tarea que precisará un mayor esfuerzo, por lo variable que éste puede resultar de acuerdo a épocas, estados, culturas, políticas, etc., y que, en todo caso, no se persigue lograr en estas líneas.

Una aproximación que permite, si se quiere, confeccionar ese recipiente, aún sin llenar, que contiene aquello que hoy abarca y que deja espacio a lo que pueda llegar a abarcar el concepto de interés general, lo trae Escola, (1989, 31), pero utilizando como denominación la de “interés público” como el correlato jurídico de la noción de bienestar general:

...El interés público así entendido, es no solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo...

Gran importancia cobra en este momento llamar la atención sobre lo que supone la función propia de la Administración Pública, la función administrativa, porque ella guarda estrecha relación con lo que se discute en este punto que es la satisfacción directa e inmediata del interés general que le da razón de ser.

La función administrativa ha sido entendida, a través de un criterio residual, como se ha definido en oportunidades, como todo aquello que no encuadra en las definiciones de función legislativa o función judicial.

Desde nuestra perspectiva esa es una forma errada de definir lo que debe entenderse como función administrativa, al menos estrictamente hablando. Así y a los efectos de la presente investigación es función administrativa aquella en la cual la Administración Pública actúa para brindar una satisfacción directa e inmediata del interés general.

Por ello lo que se propone, más bien, es lo siguiente: En tanto la Administración Pública se presente actuando en ejercicio de su función propia, la función administrativa, que supone la realización en forma concreta de los cometidos estatales que requieren una ejecución material, es decir, satisfaciendo de forma directa e inmediata los intereses generales, estará actuando investida de autoridad y contará, por consiguiente, con el privilegio de autotutela.

Lo colectivo, lo general, lo que a todos interesa, sí justifica que la Administración actúe sin dilaciones, sin previos pasos, en fin, sin

habilitación judicial. No es, por tanto, por el simple deseo de que sea eficaz que se le otorga el privilegio a la Administración pública, es porque está satisfaciendo directamente el interés general por lo que se le otorga el privilegio y por lo que interesa que sea eficaz. Su actuación interesa y beneficia a todos, eso justifica el privilegio.

De lo contrario, cuando no hay satisfacción directa e inmediata del interés general, que, entiéndase, es su razón de ser, la Administración estará actuando de cualquier otra forma, incluso como un particular más, por lo que le sería aplicable un régimen de Derecho Privado, sin privilegios.

De acuerdo con esta postura podría afirmarse, tomando la idea de Duguit, que la satisfacción directa e inmediata del interés general es el fundamento y el límite, a la vez, del poder gubernamental.

2. El interés general como justificación y límite a la aplicación del Derecho Administrativo

La noción de servicio público, como ha sido asumido, ha resultado insuficiente para explicar y definir la actividad de la Administración Pública. Por ello se hace referencia al concepto más amplio de "interés general", que envuelve a aquél.

La nota que distingue a la Administración Pública del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, y de los particulares, es que está llamada a velar y satisfacer los intereses generales de una manera directa e inmediata. A ella se le ha encomendado, nada más y nada menos, que la consecución de esos intereses de todos.

Su actividad, la función administrativa, como explica Escola (1989, 18) se caracteriza por:

...la realización de forma concreta de los cometidos estatales que requieren una ejecución material; o aquella realización que se cumple de manera inmediata y directa mediante una acción que es concreta, continuada y espontánea y por ello mismo permanente y práctica, o más ajustadamente, el cumplimiento de una actividad que procura la satisfacción inmediata de las necesidades de la comunidad y la de los individuos que la integran...

Como bien señala Nieto (1991, citado por Jiménez Blanco, 1993): los intereses generales no están objetivamente definidos y son de difícil determinación, al variar en infinidad de circunstancias. Su determinación será siempre casuística, y dependerá, en gran medida, de la labor del legislador y, en todo caso, del juez como intérprete de la Ley.

Pero no se pretende definir el interés general como concepto en estas líneas, sabemos que existe y que en su determinación influyen una serie de circunstancias, sociales, económicas, de tiempo, culturales, religiosas, que ameritan ser valoradas para calificar algo como interés general. Ello sería tarea, principalmente, del legislador que cuenta con suficientes elementos para definirlo, y del juez en última instancia.

Lo capital, a nuestros efectos, es señalar que ese interés general, una vez circunscrito, definido y determinado, es el fundamento, la razón de ser de la Administración Pública.

Pues, si la Administración tiene a su cargo la satisfacción directa e inmediata de ese interés general, que a fin de cuentas nos incumbe a todos, es dable pensar que requiere entonces de una herramienta que le permita, sin dilaciones, cumplir con su cometido. Ella, entonces, velará por el interés de todos y, en esa medida, cuenta con el privilegio de autotutela administrativa; de ejecución inmediata de sus decisiones.

Es decir, como explica con claridad Escola, (1989, 27), al justificar el intervencionismo del Estado en las vidas de los ciudadanos, y que perfectamente sirve para justificar el privilegio de autotutela que nos interesa. El autor reconoce como axioma que:

...si aceptamos y aún reclamamos el intervencionismo del Estado y la consiguiente merma siquiera parcial de nuestras libertades y derechos individuales, ya no absolutos sino relativos y condicionados, es solo sobre la base única de que aquel intervencionismo sirva, en definitiva, para asegurarnos o facilitarnos un bienestar general que nos permita gozar verdaderamente de la porción restante de nuestras libertades y derechos, alcanzando la plenitud de nuestro desarrollo individual...

Es éste y no otro, el fundamento del privilegio de autotutela administrativa que se le ha otorgado a la Administración Pública. Es de tal importancia para el Estado el cumplimiento y la satisfacción directa e inmediata de los intereses generales, que se justifica, finalmente, que ella pueda actuar con libertad, sin necesidad de que obtenga, para ello, la habilitación previa declarada por un Juez.

El interés general es la justificación final del privilegio de autotutela es lo que viene a determinar cuándo la Administración actúa investida de su poder de imperio, cuándo se justifica que ella haga uso de sus prerrogativas, y cuándo por el contrario no.

Es algo verdaderamente importante a los efectos de lo que se quiere significar en esta investigación, porque habrá situaciones en las que el régimen aplicable a la Administración Pública no es el Derecho Administrativo sino, el Derecho Privado.

Esta perspectiva lleva consigo un replanteamiento del Derecho Administrativo, tal y como se conoce actualmente, pues, la idea de la

satisfacción directa e inmediata del “interés general” es la que verdaderamente fundamenta todo el Derecho Administrativo, desde su propia definición y principios, como sus instituciones, las de acto y contrato administrativo, por su puesto las más relevantes, hasta lo que debe entenderse por función o actividad administrativa.

CAPÍTULO IV

DEFINICIÓN DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO, COMO FORMAS TÍPICAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con claridad en la premisa de la cual partimos, la Administración Pública actúa investida de poder de imperio exclusivamente cuando su actuación tiene por finalidad la satisfacción, directa e inmediata, del interés general. En otras palabras, cuando actúa en función administrativa, como la hemos definido.

Ahora es necesario entrar a revisar los conceptos de acto y contrato administrativo, que son las formas de actuación administrativa típicas, que se manejan en el Derecho Administrativo venezolano.

Estas formas de actuación administrativa se distinguen, fundamentalmente, porque uno, el acto administrativo, supone el actuar unilateral y el otro, el contrato administrativo, una actuación bilateral o multilateral de la Administración Pública.

En este punto nos pasaremos, muy laxamente, por lo que hasta ahora se ha entendido por acto y contrato administrativo en Venezuela, sirviéndonos de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, con las referencias al Derecho Comparado que resulten de utilidad.

4.1. Acto Administrativo

Comenzando por la noción de acto administrativo, cabe señalar que la definición legal de acto administrativo la encontramos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los siguientes términos: “Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública.”

Es una definición calificada por la doctrina y la jurisprudencia patria como insuficiente, que atiende únicamente a un criterio orgánico que no da respuestas a las innumerables situaciones en las que se puede producir un acto administrativo. A nuestros ojos, una definición sumamente amplia que llevaría a que cualquier cosa que emane de la Administración Pública fuere un acto administrativo.

Luego, la jurisprudencia, al trabajar sobre esa definición, ha ido modelándola atendiendo, por ejemplo, a los efectos que produce un acto administrativo.

La Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 1964, señaló que “son actos administrativos las manifestaciones de voluntad emanadas de las autoridades administrativas y que tienen por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales.”

Por su parte, la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 1 de febrero de 1983, señaló que:

... el acto administrativo per se produce efectos jurídicos relativos a la creación, modificación o eliminación de situaciones individuales o generales, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general". Seguidamente la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de noviembre de 1993, delimita la definición señalando que "el acto administrativo es una manifestación de voluntad unilateral de carácter sublegal que tiende a producir efectos jurídicos determinados...

Más recientemente, en sentencia del 21 de mayo de 2002, caso: "Colegio de Ingenieros de Venezuela", la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se hace mención a lo que se entiende por acto administrativo y sus clasificaciones:

...Igualmente, tanto la doctrina más calificada en la materia, como la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, han definido a los "actos administrativos" -en términos generales- como: toda declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos que integran la Administración, en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria, los cuales producen efectos de derecho, generales o individuales en la esfera jurídica de los administrados.

Asimismo, los "actos administrativos" han sido clasificados por la doctrina de manera general de la siguiente manera: a) desde el punto de vista del procedimiento en: actos de trámites, actos definitivos, actos firmes y actos de ejecución; b) por el alcance de sus efectos en: actos generales y actos particulares; c) por la amplitud de los poderes de la Administración en: actos reglados y actos discrecionales; d) desde el punto de vista del contenido en: admisiones, concesiones, autorizaciones y aprobaciones.

La doctrina ha complementado también la noción de acto administrativo. El interés de la doctrina en definir, o mejor, en delimitar el concepto de acto administrativo, figura central del Derecho Administrativo, ha llevado a distintos autores, de distintos países, a conceptualizarla y caracterizarla desde varias perspectivas.

Revisando el Derecho Comparado, Escola (1989, 136) los divide en dos grupos, uno, los que admiten que el acto administrativo es, en sí mismo, un acto jurídico que puede ser general o individual, unilateral o bilateral, sector representado por Marienhoff; otro, aquéllos que sostienen que el acto administrativo es exclusivamente unilateral, emanado de la sola voluntad de la Administración Pública, destinado únicamente a producir efectos subjetivos, dentro del cual figura Sayagués Laso.

Para Marienhoff, citado por Escola (1989, 136), “es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productoras de un efecto jurídico”.

Para Sayagués Laso, también citado por Escola (1989, 137), “es toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos subjetivos”

En Venezuela, frente a la escasa definición legal, Brewer-Carías (1991, 5) ha señalado la necesidad de combinar diversos criterios a fin de reconducir a la unidad la heterogeneidad del acto administrativo.

Una fusión entre el criterio orgánico y el criterio material o funcional, por ejemplo, ha permitido señalar que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de los órganos de la Administración Pública, en ejercicio de cualquiera de las funciones en las que se divide el Poder Público Nacional; y, a su vez, la de aquellos órganos de las demás ramas del Poder Público cuando estén ejerciendo funciones administrativas.

Incluso yendo más allá, dictan actos administrativos los particulares con base en una autorización expresa de la Ley, y surge así la teoría de los actos de autoridad.

Pero, sin ánimos de hacer un estudio pormenorizado de las distintas nociones de acto administrativo propuestas, citaremos algunas de ellas:

Hernández Ron, (1943, citado por Pérez Luciani, 1998, 108), define el acto administrativo como “un acto individual, realizado en relación a un servicio público y del cual se deriva una situación jurídica individual o particular subjetiva.”

Para Brewer-Carías, (1995, citado por Lares Martínez, 1996, 140), es “toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero, por los órganos del Poder Judicial, actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa”

Para Lares Martínez (1996, 140), en un sentido amplio son “todas las declaraciones emanadas de los órganos del Estado actuando en ejercicio de función administrativa, productoras de efectos jurídicos.”

Asimismo, distingue Lares Martínez (1996, 140), clasificaciones y criterios para definirlos que van desde lo orgánico a lo material, también en los términos señalados por Brewer-Carías.

Para Rondón de Sansó, (1982, citada por Pérez Luciani, 1998, 112) la definición de acto administrativo debe quedar limitada a “las manifestaciones formales de los órganos administrativos.”

A los fines de la investigación, y teniendo en cuenta las definiciones precedentes se puede concretar que las características o elementos, relevantes, empleados para definir al acto administrativo, que derivan de la ley, de la jurisprudencia, e incluso de la doctrina en Venezuela, han sido a grandes rasgos las siguientes: i) Manifestación de voluntad unilateral; ii) emanada de la Administración Pública, o de otro órgano del Poder Público; iii) en ejercicio de la función administrativa, entendida en un criterio residual, como todo aquello que no es ni legislar ni juzgar; iv) de carácter o rango sublegal; v) capaz de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir situaciones preexistentes) inmediatamente (autotutela administrativa).

Básicamente, así ha sido construida o ensayada, hasta ahora, en Venezuela la noción de acto administrativo. Incluso teniendo en cuenta cualquiera de los elementos enunciados anteriormente, de forma alternativa, sin que concurren todos ellos, con lo cual hay que decir que entra casi cualquier actuación de la Administración Pública, manifestada en forma escrita, en ejercicio de cualquier actividad o función independientemente, de la finalidad real que se persigue con cada una de ellas.

Desde ese orden de consideraciones, caemos en la existencia, por ejemplo, de los llamados “actos cuasijurisdiccionales”, o “actos triangulares”, en los cuales la Administración cumple una labor como tercero imparcial que resuelve una controversia entre partes.

Ejemplo paradigmático se presenta en las Inspectorías del Trabajo, del Ministerio del Trabajo, que han sido objeto de estudio tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que, no en vano, han conllevado a muchísimas confusiones y cambios de criterios, pues la naturaleza de

acto administrativo que se les atribuye, en la práctica, crea situaciones que escapan de lo que concretamente es la actividad de la Administración Pública y de la justificación de la misma.

Por otra parte, se encuentran también los actos sancionatorios (multas) dictados por la Administración Pública. Ejemplo son los que dicta el Servicio Autónomo de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que entran en esa definición vasta de acto administrativo que se encuentra vigente en la actualidad y que, de nuevo, crean situaciones confusas en la práctica, acaso, inconstitucionales.

En este tipo de actos es en los que cabe verificar la actividad que lleva a cabo la Administración para dictarlos y la finalidad que la misma persigue con este tipo de actos para, finalmente, encuadrarlos, si es el caso, en la categoría de actos administrativos con todo lo que ello implica.

Sobre estos actos, precisamente, se propone hacer el análisis a través del contraste con la premisa que se ensaya en esta investigación para, finalmente, llegar a la definición que se propone y en la que quedarán probablemente excluidos muchos de los actos que hasta ahora se reconocen como actos administrativos.

Hasta este punto se pone en evidencia, de forma somera, cual es el estado actual de la concepción y definición de acto administrativo, de acuerdo a los criterios más utilizados para definirlos. Como se observó el acto administrativo actualmente es una suerte de adición de elementos que, de acuerdo a la conveniencia, son empleados para calificar toda actuación unilateral de la Administración Pública como acto administrativo, con las consecuencias y efectos que ello supone.

4.2. Contrato Administrativo

En cuanto a la noción del contrato administrativo en Venezuela, el desarrollo ha correspondido también a la doctrina y a la jurisprudencia que han interpretado las referencias constitucionales y legales sobre la figura del contrato administrativo desde la Constitución de 1961 hasta la actual. A nivel legislativo no se ha ensayado ninguna definición concreta que sirva de marco legal para su desarrollo.

Muy seguramente, por ello, los vaivenes de la jurisprudencia y la doctrina en la concreción de las características o rasgos definidores del contrato administrativo se hacen presentes aún hoy en nuestros días.

Los antecedentes en esta materia los encontramos, de nuevo, en el Derecho Francés, en los conocidos *Arret Terrier*, dictada por el Consejo Francés del 6 de febrero de 1903, y *Arret Epoux Bertin*, del 20 de abril de 1956.

Desde entonces se distinguió en Francia dos tipos de contratos, los de Derecho Privado, en los cuales la Administración Pública actúa como un particular más, y aquellos en los que está envuelto un interés de servicio público, como lo llamaron en Francia, que estarían sujetos al Derecho Público, es decir al Derecho Administrativo. Estos últimos son los contratos administrativos.

En Venezuela heredamos, también de Francia, la figura del contrato administrativo. A los efectos de esta investigación, lo que corresponde es lograr un acercamiento a lo que ha sido la constante en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales de la figura y cual es la

definición que actualmente se maneja cotidianamente en el Derecho venezolano.

Siguiendo a Farías Mata (1981, 936), lo principal es partir de la comprensión del contrato administrativo como figura jurídica con rango propio, acogida por el ordenamiento jurídico venezolano e interpretada por la jurisprudencia de manera tal que se ha podido construir una teoría del contrato administrativo.

Señala, así, el autor citado lo siguiente:

...Que la Administración recurra a la técnica contractual es una cuestión, insistimos, teóricamente admitida por la doctrina, acogida sin reserva por la jurisprudencia, corroborada por la práctica administrativa y, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, consagrada por la Constitución y las leyes... (Farías Mata, 1981, 939)

La figura del contrato, tomada del Derecho Civil, sin duda, es uno de los ejemplos en los que el Derecho Público se ha servido del Derecho Privado, con ciertas variaciones. Es una herramienta, útil, de la que hace uso la Administración Pública para relacionarse con otros sujetos, bien como un particular más, o bien como Administración Pública dotada de autoridad, de privilegios.

En los primeros casos, aquéllos en los que la Administración se relaciona como un particular más, se ha utilizado la denominación de “contratos de la Administración”, quedando para los demás casos la acepción contratos administrativos, es decir, aquéllos en los que la Administración Pública actúa como autoridad, investida de poder de imperio.

Más, en ambos casos, aunque en distinta medida, el régimen se desvirtúa del típico y conocido Derecho Privado que regula las relaciones

privadas propiamente tales. En los contratos de la Administración, aunque mayormente sometido al Derecho Privado, siempre habrá situaciones reguladas por el Derecho Público, como la competencia, presupuesto, etc.

A esta investigación interesa la noción de contrato administrativo, aquélla que, como expresa Farias Mata (1981, 940), rompe con los principios básicos de la técnica contractual del Derecho Privado como son: la libertad contractual y el principio de igualdad entre las partes.

Será en estos contratos, calificados de administrativos, en los cuales la Administración Pública, o el ente público contratante, actúe investido de poder de imperio, en los cuales haga uso de su poder de autotutela, es decir, en los cuales existan prerrogativas a favor del ente público que no se aceptan, naturalmente, en los contratos de Derecho Privado.

En un contrato administrativo el ente público contratante puede, a través de actos administrativos unilaterales, ejercer poderes y prerrogativas independientemente de la letra del contrato que, de acuerdo con el Derecho Civil, es ley entre las partes.

Útil resulta lo explicado, en forma de crítica, por Melich Orsini (1999, 74) sobre las prerrogativas o ese régimen especial de Derecho Público que transforma al contrato civil en un contrato administrativo:

...de la calificación del contrato como "administrativo" se derivan todavía, según un laborioso proceso de marchas y contramarchas que no cabe resumir aquí, ciertas conclusiones que es necesario tener presente. La "función administrativa" asignada al contrato, mero reflejo de la irrenunciable posición de soberanía que el Estado ejercería a través del ente en quien haya delegado el ejercicio de tal función, lleva a que tal ente tenga la potestad de extinguir anticipadamente el contrato cuando considere haber cesado

el interés público que lo motivó para celebrar el contrato; que pueda modificar las cláusulas del mismo (*ius variandi*) para adaptarlo a los vaivenes de ese “interés público”, que le correspondan como prerrogativas de ese mismo “interés público” la potestad de interpretación del contrato, el control y dirección la gestión de la que ha encargado a su co-contratante privado, etc. De hecho, todas estas prerrogativas son ejercidas mediante actos unilaterales que configuran en sí mismos actos administrativos que causan “estado”, o sea, una situación jurídica de aparente legalidad frente a la cual al co-contratante privado no le queda más remedio que esperar lo que decida la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando esté inconforme con ello y siempre que ejerza oportunamente el recurso por ilegalidad o exceso de poder...

Más allá de la crítica natural de un “*ius privatista*” a la figura complicada del contrato administrativo, nada más y nada menos que por esto resulta trascendental tener claro cuándo se está en presencia de un contrato administrativo y cuándo no. En qué casos, en fin, en una relación bilateral, la Administración Pública puede hacer uso de su potestad de autotutela administrativa, y cuándo no.

Pues bien, haciendo un breve recuento del tema, sus rasgos definitorios han variado en el tiempo, sin embargo, tanto en la doctrina y jurisprudencia patria, como en la extranjera, se han mantenido oscilando entre la noción de servicio público y la noción de cláusulas exorbitantes. Ha habido en el tiempo preponderancia de las cláusulas exorbitantes como elemento definidor del contrato administrativo aunque, en otros momentos, ha prevalecido la tesis del servicio público para su definición.

Las cláusulas exorbitantes, que por un momento fueron la nota que imprimía el carácter de administrativo a un contrato en el que era parte la Administración Pública, quedaron reducidas a su justo valor frente a la noción de servicio público, ya que las mismas no permitían explicar casos como el que se presentó en Francia con el famoso “*arret époux Bertin*” del 20 de abril de 1956, en el cual, como explica Farías Mata (1981, 945), el

Consejo de Estado francés encontró que existía un contrato verbal con los esposos Bertin, en donde no existían cláusulas exorbitantes del Derecho Privado y, no obstante, por estar encargada la ejecución de un servicio público le otorgó el carácter de contrato administrativo.

Toma así auge la noción de servicio público como elemento esencial para definir a un contrato como administrativo, y el Consejo de Estado francés señaló, en el fallo citado, que, *“si el contrato tiene por objeto la ejecución misma del servicio público, esta circunstancia es suficiente, por sí sola, para imprimir al contrato el carácter de un contrato administrativo.”* (Farias Mata, 1981, 946).

Esta primera noción francesa de contrato administrativo se ha ampliado en ese país, tal y como lo expresa Jesús Caballero Ortiz (2004 , 214), pasando de la ejecución misma del servicio público a *“la participación directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del referido servicio; también lo ha extendido al contrato que asocia al cocontratante a la ejecución del servicio público o el que constituye una de las modalidades de la ejecución del servicio público”*.

Obviamente, nuestro Derecho, influenciado siempre por el Derecho francés, también ha pasado si se quiere por ese tránsito, con lo cual la jurisprudencia ha definido al contrato administrativo a través de la sumatoria de elementos.

Inicialmente, la Corte Federal y de Casación, en sentencia del 5 de diciembre de 1944, distinguió como contrato administrativo aquél en el cual está interesado un servicio público.

Pero han sido muchos los criterios que ha empleado la jurisprudencia venezolana para definir al contrato administrativo, hablándose indistintamente de interés público, ejecución directa de un servicio público, prestación de un servicio público, utilidad pública, la presencia o no de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, entre muchos más.

Una sentencia reciente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 1º de noviembre de 2005, caso: Constructora Churruca contra el Municipio Arismendi del Estado Sucre, enumera elementos definidores del contrato administrativo en los siguientes términos:

...Igualmente se observa, que en cuanto a los elementos definidores del contrato administrativo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de este tipo de contratos, los siguientes: que una de las partes contratantes sea un ente público, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y, como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la Administración, aun cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención...
(Subrayado añadido).

Por su parte la doctrina en nuestro país, influenciada por la jurisprudencia, quizá, lejos de aclarar el panorama, de apuntar a un criterio claro y concreto del contrato administrativo, ha llegado a afirmar, producto de las amplísimas interpretaciones, que un contrato administrativo es cualquier contrato suscrito por la Administración Pública, independientemente de todo lo demás.

Ejemplo de tal postura la encontramos sostenida por Brewer-Carías (1996, 55) quien aduce a la *“inexistencia de actos o contratos de las administraciones públicas exclusivamente sometidos al Derecho Privado y*

la expansión de los conceptos de acto y de contratos administrativos". Es decir, hay una tendencia en la doctrina a simplificar el tema de los contratos administrativos hasta el punto en que cualquier contrato en el que la Administración es parte, se le atribuye el carácter administrativo.

No se puede dejar pasar lo que explica y cómo explica el autor citado la situación de los contratos administrativos, (1996, 59):

...un contrato de la administración aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un 'contrato administrativo' y por tanto, con "régimen preeminentemente de derecho público", si la Administración, por razones de interés general decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de 'contrato administrativo, en definitiva, es una categoría ex post facto, cuya existencia depende de la voluntad de la Administración...

Pareciera, entonces, que para el autor citado, es la propia Administración la que decide el régimen jurídico aplicable a los contratos que tenga a bien celebrar, y puede cambiar las reglas del juego, como y cuantas veces quiera.

Con ello, simplemente, se evidencia que en la actualidad, por una parte, definir al contrato administrativo es una tarea que cumple el juez contencioso-administrativo y que ha quedado resumida a la sumatoria de elementos definidores, muchos de ellos disímiles entre sí, sin más explicaciones, y, por otra, que parece haber una tendencia simplista y hasta ligera de calificar cualquier contrato de la Administración, como contrato administrativo.

Con todo, podemos afirmar que en el estado actual del Derecho Administrativo venezolano, contrato administrativo es o podría ser: i) aquel celebrado por un ente Público con el objeto de que se preste un servicio público; ii) aquel en el que hay existencia de cláusulas

“exorbitantes de la Administración” expresas o implícitas, iii) aquel en el que se evidencie una noción de servicio público o; iv) aquel en el que exista una finalidad pública o finalidad pública inminente.⁶

Estos elementos son tenidos en cuenta aisladamente para definir al contrato administrativo, es decir no deben concurrir, ni siquiera, para que se configure tal, basta con que uno de ellos se configure para que se le califique como contrato administrativo. Con todo, desde tal perspectiva, es contrato administrativo todo contrato en que sea parte la Administración Pública, sin más, pues de ella depende, además subjetivamente, la existencia de tales contratos.

CAPÍTULO V

CRÍTICAS A LAS DEFINICIONES DE ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO VIGENTES EN VENEZUELA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las definiciones anteriores, que como se ha referido, no intentan sino poner de relieve el estadió jurídico de las mismas en Venezuela de forma, si se quiere, somera y referencial, evidencia que existe una omisión, en ambos casos, a un elemento que, en nuestro criterio, debe ser incluido, para redefinir los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela.

⁶ Entre algunas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que contemplan estos criterios están: Sentencia del 5 de agosto de 1999, sentencia del 28 de noviembre de 2000, sentencia del 22 de enero de 2002, citadas por Jesús Caballero Ortiz (2004, 220).

5.1. Noción de Acto Administrativo

Como se observó, las definiciones de acto administrativo, empezando por la que aporta la Ley de Procedimientos Administrativos resultan insuficientes. Han sido trabajadas y complementadas pero siempre desde una perspectiva, digamos, formal. Son útiles, por su puesto, pero siguen siendo insuficientes, porque todas ellas se hacen en ausencia del elemento teleológico, del fin que persigue la Administración Pública cuando dicta ese acto.

La consecuencia inmediata de ello es que la figura del acto administrativo se transforma en un concepto tan amplio que termina siendo vacío, ilimitado, sin trascendencia, porque cualquier manifestación por escrito que haga la Administración entra en esta definición, perdiéndose por completo la razón de ser del Derecho Administrativo, que está justamente para delimitar, para equilibrar situaciones. Si toda actuación de la Administración Pública, en definitiva, es acto administrativo, para qué distinguirlo.

¿Qué utilidad práctica tendría definir un concepto si en él cabe todo? Si basta con que la Administración se exprese para estar en presencia de un acto administrativo sin atender a ningún otro elemento, ¿qué sentido tiene definirlo?

Se constata así la situación indeseable del criterio subjetivo, de atribuir prerrogativas a la Administración Pública simplemente por ser quien es, sin atender a la finalidad que persigue. La definición de acto administrativo que se maneja es un ejemplo real y cierto de que así ha sido concebido, ligeramente, el Derecho Administrativo. Ligereza que beneficia a la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y la corrupción en los órganos de la Administración Pública. Desde esa visión, cualquier cosa

que exprese la Administración Pública es acto administrativo, por lo tanto cualquier cosa tiene fuerza ejecutiva y ejecutoria; está impregnada de autotutela administrativa.

Creemos que no es ni debe ser así. No todo lo que la Administración Pública hace o dice encuadra en la noción de acto administrativo, si bien es una de las formas de actuación por excelencia de la Administración Pública no es la única, por el contrario, es tan especial, que no puede ser simplificada de tal forma, pues con ello lleva a su desnaturalización e inutilización.

Por ello, redefinir las nociones de acto y contrato administrativo, desde nuestra perspectiva, conlleva al replanteamiento de los conceptos y definiciones que se han manejado hasta ahora. Se sincera la realidad, se le imprime verdadero valor, la verdadera importancia al tema. Utilizando las palabras de Moles (citado por Farías Mata, 1981, 947) se despojan ambas figuras de exageraciones innecesarias que aún le son asociadas, y finalmente, concretan las situaciones, se garantiza el debido apego al ordenamiento jurídico y mayor seguridad jurídica a los administrados.

Así, para que esté presente en el actuar de la Administración Pública el privilegio de autotutela administrativa, y que sus actos sean ejecutivos y ejecutorios, es necesario que ella esté actuando para satisfacer, directa e inmediatamente, el interés general que le ha sido encomendado.

No se olvide que cualquier actuación de la Administración puede finalmente reconducirse a la satisfacción indirecta del interés general, pero a los efectos de la definición de acto administrativo, lo que lo caracteriza es la satisfacción directa e inmediata de ese interés general. Ésa es la nota característica, no es cualquier actuación sino aquélla en la

que especialmente se satisface directa e inmediatamente el interés general.

Desde esta óptica, se propone como un ensayo de la definición del acto administrativo la siguiente: Es toda manifestación de voluntad unilateral de los órganos del Poder Público, de carácter sub-legal, dictada en ejercicio de la función administrativa, es decir, para satisfacer directa e inmediatamente el interés general.

Con ello, entendido así, es forzoso señalar que no toda manifestación unilateral de la voluntad de la Administración Pública será, indefectiblemente, un acto administrativo. El acto administrativo no es la única forma de actuación de la Administración, por ello no las congrega a todas, sino a aquéllas que efectivamente pretenden, de forma unilateral, satisfacer directa e inmediatamente el interés general.

Si esa satisfacción directa e inmediata del interés general no subyace en la actuación de la Administración Pública, ésta será cualquier otro tipo de acto, pero no tendrá las notas características típicas de los actos administrativos y, por ende, no podrán ser ejecutados forzosamente a los destinatarios.

A esta altura cabe preguntarse si cuándo la Administración Pública resuelve una controversia entre partes, como en el caso de las Inspectorías del Trabajo, está dando satisfacción directa e inmediata al interés general.

Consideramos que no. No interesa directamente al colectivo, al interés general, una controversia planteada entre dos particulares. Puede indirectamente estar de por medio el interés de todos de que se resuelvan los conflictos, pero, sin duda, no hay satisfacción directa y en

consecuencia, no pueden ser calificados como actos administrativos. En definitiva, en este tipo de procedimientos la Administración Pública no está en ejercicio de función administrativa, que es la que le apareja el privilegio de autotutela administrativa.

Por lo anterior, siguiendo el hilo de lo propuesto, se considera que los actos llamados “cuasijurisdiccionales” o “cuasijudiciales”, aquellos en los que la Administración Pública, actuando en una función arbitral, resuelve un conflicto entre partes, no son verdaderos actos administrativos, pues no persiguen ni logran la satisfacción directa e inmediata del interés general.

De igual forma ocurre con los actos de naturaleza sancionatoria, que lo que buscan ya no es la reparación de una situación jurídica infringida, ni restablecer el orden público, sino, por el contrario, como todo acto sancionatorio, su finalidad es reprimir conductas antijurídicas a través del castigo que supone la sanción, pero en absoluto persiguen una satisfacción directa e inmediata del interés general.

Preguntemos: ¿Por qué han sido calificados como actos administrativos? Hasta ahora se han encuadrado tales actos en la noción de acto administrativo, sin ningún análisis, simplemente porque son dictados por la Administración Pública, nada más. Aparte de ese elemento subjetivo no existe otro que permita evidenciar el ejercicio de una actividad administrativa, que justifique, calificarlos como tales.

Por la ligereza ya denunciada, al calificarlos como actos administrativos se cae necesariamente en la necesidad de justificar que sean ejecutivos y ejecutorios, porque, ciertamente, todo acto administrativo es ejecutivo y ejecutorio. Por eso encontramos al Tribunal Supremo de Justicia dando explicaciones de cómo es que esta

ejecutoriedad no afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, ni afecta la presunción de inocencia constitucional, cuando lo cierto es que sí los afecta.

Expresamente, en sentencia del 13 de noviembre de 2001, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló que:

...los actos administrativos, específicamente en el caso de los de carácter sancionatorio, no resulta necesariamente contrario a la garantía de la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a la presunción de inocencia, la cual se vería en todo caso satisfecha cuando el sistema jurídico permite que la ejecución coercitiva de decisiones administrativas pueda ser sometida a la apreciación de un juez...

Nada de esto ocurriría si contáramos con una doctrina sobre el acto administrativo, con unos conceptos bien definidos y delimitados, que permitiera ver que ni los actos cuasijudiciales, ni los actos sancionatorios, son actos administrativos. Quizá muchos otros tampoco lo sean.

No se quiere con ello negar la posibilidad de que la Administración Pública resuelva, si se quiere como un tercero que sirve de instancia conciliadora, una disputa entre partes, o que efectivamente tenga competencias para imponer sanciones, en absoluto. Lo que se discute es la naturaleza jurídica de acto administrativo que se les ha adjudicado, sin suficiente análisis. Calificar un acto como administrativo no atiende solo a que sea dictado por una Administración en ejercicio de sus competencias, sino, como vimos, atiende a una finalidad específica que es la que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos, es decir, la autotutela administrativa.

¿Acaso tiene alguna justificación que una decisión de la Administración en un procedimiento administrativo triangular tenga fuerza ejecutiva y ejecutoria cuando ésta solo tiene interés para las partes en

conflicto? Sin duda, las decisiones de las Inspectorías del Trabajo, para continuar con el ejemplo empleado, no tienen el carácter o la naturaleza jurídica de una sentencia, ni un laudo, pero tampoco tienen la de un acto administrativo. No es residual la definición de acto administrativo. La Administración Pública se manifiesta a través de otras formas que no necesariamente encuadran en la de acto administrativo, y éste es uno de esos casos.

La labor que cumplen las Inspectorías del Trabajo podrá ser una instancia conciliadora en la que se pueden resolver de forma más rápida las controversias que las partes tengan a bien someter a esta instancia, y el acto, será una constancia de haber agotado tal instancia conciliadora pero no un acto administrativo con fuerza ejecutiva y ejecutoria. No hay interés general, directamente involucrado, que justifique esta cualidad.

Una sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso: Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, del 10 de enero de 1980, se refirió a estos actos y en el voto salvado del Magistrado René de Sola deja ver las confusiones lógicas a las que dan lugar tales actos:

... Acertadamente reconoce la sentencia que corresponde privativamente a los Tribunales “el ejercicio de la función jurisdiccional de una forma determinada: sólo los Tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto con fuerza de verdad legal...”

...igualmente declara la sentencia que “cuando la Administración pública emite actos de sustancia jurisdiccional, estos actos, no obstante su expresada sustancia, son actos administrativos...”

...Es indispensable que, al realizar tal examen, debe necesariamente llegar a la conclusión de que las desiciones dictadas por las Comisiones Tripartitas resuelven conflictos de derecho privado, como son los relativos a la calificación del despido de un trabajador...

...La naturaleza de la materia limita el alcance de la decisión que pueda dictar un juez de lo contencioso-administrativo,

impedido como está de invadir la jurisdicción que le corresponde a los Tribunales ordinarios o especiales para conocer de cuestiones de naturaleza civil, mercantil o del trabajo y que – en el caso de las Comisiones Tripartitas – lo convertirían en una tercera instancia sobre materia extraña a la de su competencia... (Subrayado añadido)

Calificar estos actos “cuasijurisdiccionales” como actos administrativos ha dado lugar a muchos desencuentros, como se puede ver en la sentencia citada. Quizá esta calificación sea el problema, porque es forzada. No son actos administrativos. No deben contar con los efectos de tales que es lo que trata de asomar la sentencia citada, al señalar que no deben ir a un fuero especial, sino al ordinario.

En el caso de las sanciones, como vimos, ocurre lo mismo. Qué satisfacción directa del interés general provee la Administración al imponer una sanción, una multa, por ejemplo; qué interesa al colectivo que determinada persona pague una multa. Cuestión distinta es un acto que suponga el restablecimiento de una situación jurídica infringida. Por ejemplo, una orden de demolición, luego de un procedimiento administrativo, persigue sin duda satisfacer el interés general a través del reestablecimiento del orden público urbanístico. Es un verdadero acto administrativo, pero la multa complementaria, que es ya un acto sancionatorio en sí, lo que persigue únicamente es, si se quiere, es castigar la conducta antijurídica, cuestión relacionada también con la prevención. Allí no hay interés general a satisfacer en forma directa e inmediata, por ello no se justifica su calificación como acto administrativo.

No siendo tal, estos actos sancionatorios no tendrían el carácter ejecutivo y ejecutorio propio de los actos administrativos, sino que para que la Administración logre el pago de los mismos deberá acudir a un tribunal, en un proceso breve de cobro de bolívares según el Código de Procedimiento Civil, pues en estos casos no hay autotutela y la

Administración no puede, entonces, hacerse justicia por sí sola, requiere de la declaratoria y ejecución forzosa de un tribunal.

Por todo lo anterior, las críticas fundamentales y los efectos negativos que se derivan de la definición actual de acto administrativo son las siguientes:

1) La amplitud en el concepto hasta el punto de que cualquier manifestación de voluntad unilateral escrita, de los órganos públicos puede encuadrar en esta definición de acto administrativo. Unido a ello, la ligereza en cuanto a la trascendencia de tal definición y de los efectos que supone un acto administrativo sobre los particulares.

2) La omisión al elemento teleológico en la definición, a la finalidad con la cual se dicta el acto como elemento fundamental para definirlo como administrativo.

3) La indeseable inclinación al elemento subjetivo para definir un acto como administrativo, lo que supone una extensión del privilegio de autotutela, injustificado, arbitrario y nocivo para el propio Derecho Administrativo.

4) La contradictoria labor de la jurisprudencia que, embarcada en estos conceptos amplios e inservibles, incurre en análisis e interpretaciones confusas, erróneas. Se ve en muchos casos en la necesidad de dar respuesta a lo que no tiene respuesta y, ello, por el solo empeño de mantener unas definiciones intangibles que no dan respuesta a la mayoría de las situaciones y que, peor aún, contradicen el texto constitucional.

5) La confusión frente a los ciudadanos de las circunstancias en las que están sujetos a las prerrogativas de la Administración y la consecuente cesión de los derechos ciudadanos frente a la Administración en cualquier actuación de la misma, con lo cual se desdibuja el derecho y se pierde la esencia del Derecho Administrativo que viene justamente a equilibrar situaciones.

6) La promoción e incentivo de situaciones de inseguridad jurídica, de abuso y arbitrariedad por cuanto, no siempre, y esto hay que entenderlo, no siempre la Administración actúa con potestad de autotutela. Solo tiene, razonablemente, ese privilegio cuando lo amerita y eso es, cuando satisface directa e inmediatamente el interés general.

5.2. Noción de Contrato Administrativo

En lo que respecta a la noción de contrato administrativo que se maneja en Venezuela, desde la óptica de la jurisprudencia, que repite los conceptos franceses tradicionales, de manera ilógica, y contribuye así con una inseguridad jurídica que ya no tiene justificación y que solo conduce a una serie de contradicciones que, cada vez más, se hacen patente y afectan directamente los derechos ciudadanos.

En la actualidad, la noción de contrato administrativo ha sido objeto de ampliaciones paulatinas, al punto de que como señala Jesús Caballero Ortiz (2004, 218), hoy son pocos los contratos que escapan al calificativo de administrativo.

Criterios tan distintos como el de interés de servicio público, utilidad pública, prestación de un servicio público, finalidad pública, entre otros, han sido empleados para definir al contrato administrativo, con lo cual, cabe decir, ocurre exactamente lo mismo que con la noción de acto

administrativo, aunque en este caso con mayor incertidumbre si se quiere, pues cualquier contrato en el que sea parte un ente público podría, bajo estos criterios, ser calificado como contrato administrativo.

La consecuencia de esto, que es lo importante, a lo que debería atender tanto la doctrina como la jurisprudencia, es que la Administración Pública siempre tendrá el privilegio de autotutela administrativa aparejado a su actuación, independientemente de la finalidad que persiga con ella. Ya hemos visto que no es así, el privilegio de autotutela se otorga a la Administración Pública en algunos casos, en los que se justifica: aquéllos en los que está de por medio la satisfacción directa e inmediata del interés general.

Pero peor aún, como se advierte en el capítulo anterior, hasta la doctrina venezolana, reconocida y calificada, ha llegado a señalar que la distinción entre contratos de la administración y contratos administrativos es tan débil que depende de la voluntad de la propia Administración Pública. O sea, el límite entre una y otra noción está en la voluntad de la Administración Pública y no en el Derecho Administrativo.

Con esto se da un traspie a la distinción que, desde siempre, ha contemplado la jurisprudencia y doctrina en Derecho Comparado, y en nuestro propio Derecho, entre contratos de la Administración, a los que se les aplica un régimen de Derecho Privado, y contratos administrativos, en los cuales está presente la satisfacción directa e inmediata de un interés general, la prestación de un servicio público, etc., y que por ende se le aplica un régimen de Derecho Público, con prerrogativas a favor del ente público contratante.

Acaba también con la teoría de los actos separables, ya que ésta solo tiene sentido frente a la necesidad de distinguir los contratos de la

Administración de aquella parte eminentemente de Derecho Público, que efectivamente está endosada a la actividad pública, pero que no forma parte del contrato, que puede ser perfectamente de Derecho Privado.

Rotundamente en contra. La diferencia existe y se debe mantener. Es más, se debe propender a hacerla cada vez más clara y esa distinción se deriva de nuestro propio ordenamiento jurídico, de la Constitución que es la norma jurídica suprema, como del resto del ordenamiento jurídico que la desarrolla.

Útil es la explicación que hace Antonio Canova (1998, 77) sobre la distinción que existe entre estos tipos de contratos y la importancia de hacer tal distinción, que no es algo caprichoso sino que responde a una realidad jurídica que se debe tener en cuenta. El Derecho Administrativo reconoce prerrogativas cuando hay una satisfacción directa e inmediata del interés general. Veamos como lo explica:

... La Administración sólo al estar dentro del ámbito jurídico público, celebrando contratos para la prestación de servicios públicos, por ejemplo, o cualquier otro que tenga por fin directo proveer algún interés general -como de suministros, obras públicas-, podría contar con las prerrogativas que se le reconocen como parte de su poder de autotutela. En esos casos, en los contratos administrativos, entonces, hay que admitir su poder para poder modificar o resolver el contrato unilateralmente, para extender su contenido a terceros, incluso para, en afán de la continuidad de los servicios públicos, establecer la regla de la reversión. En los otros tipos de contratos, por el contrario, no contaría la Administración con esos poderes, propios -se insiste- de la potestad de tutelar por sí misma sus intereses, sino que tendría que actuar como cualquier particular con base en las disposiciones comunes.

Lo anterior no significa que en esos últimos contratos privados de la Administración Pública, por las características propias de su organización y control de su patrimonio, existan reglas de Derecho Público que entren en juego, como sucede en materia de selección de contratistas o de control de

ingresos y gastos; esos son reductos de Derecho Público que siempre estarán presentes, que incluso dan lugar a su cuestionamiento por ante los tribunales contencioso-administrativos, pero independientemente del contrato en sí, gracias a la técnica de los actos separables, pero que no varían el grueso de la relación contractual, que es preponderantemente de Derecho Privado y, por tanto, por razones de especialización de la jurisdicción, las controversias que en ese ambiente se susciten se situarían en los tribunales ordinarios, y con arreglo a la normativa civil.

Resulta conveniente mantener, por tanto, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, más que bregar por una unificación de jurisdicción, quizás, como concluyen GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, a razón de ‘...temer que tal unificación arrastrase -según la historia del contrato administrativo viene a demostrar- a todos los contratos celebrados por la Administración el formidable privilegio administrativo de la autotutela decisoria y ejecutiva, hoy limitada a los contratos administrativos estrictamente tales. Por ello, resulta más razonable defender aún la persistencia de un sector contractual de la Administración en que ésta no disponga de tal privilegio y las partes hayan de someterse a las reglas comunes de la tutela judicial, con su importante correlativo del sistema de prescripción material y no de preclusión procedimental de derechos, que es lo que aplican con normalidad los tribunales ordinarios’...

Por eso, insistimos en la diferencia. No cualquier contrato en el que sea parte la Administración Pública u otro ente del Estado tiene la aptitud para ser un contrato administrativo a la espera del veredicto del juez contencioso administrativo que lo bautice como tal. Las cláusulas exorbitantes no son un elemento definidor en sí mismo del contrato administrativo. Estas son, justamente, la huella impresa en dichos contratos de la potestad de autotutela administrativa, es decir, son el régimen especial de Derecho Administrativo aplicable a esa relación de la Administración Pública plasmada en un contrato administrativo.

Un contrato administrativo, siguiendo a Melich Orsini (1999, 66), ante todo, es un contrato, figura propia del Derecho Privado, con

características propias del mismo, que ha sido desdibujado en su esencia para crear esa complicada y confusa noción de contrato administrativo, en la cual la igualdad entre las partes es sometida por la existencia de cláusulas exorbitantes que favorecen al ente público contratante que vela por la satisfacción directa e inmediata del interés general.

Suscribo íntegramente a Caballero Ortiz (2004, 223) cuando expresa la necesidad de limitar el concepto de contrato administrativo por considerar que es ostensiblemente amplio. Señala:

...de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico prevén expresamente prerrogativas a la Administración en determinadas categorías de contratos, la noción debe restringirse al máximo debiendo reputarse como contratos administrativos sólo aquellos que se encuentren destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad; de un servicio de gran importancia que, debiendo ser prestado por el Estado, éste lo encomienda por un contrato a un particular y, de esa manera, excluir las actividades turísticas, de esparcimiento, bares y restaurantes, venta de conejos y estacionamiento de vehículos encomendado por un contrato a un particular, a título de ejemplo. Sería entonces, con toda precisión, la ejecución misma de un servicio público lo que justificaría el ejercicio de potestades públicas en la celebración del contrato...

...Lo antes expuesto reviste una importancia fundamental en virtud del régimen jurídico al cual se encuentra sometido. En efecto, ese régimen especial —el Derecho Administrativo— requiere ineludiblemente reducir al máximo la figura del contrato administrativo, pues de otro modo, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, es muy factible que cualquier contrato celebrado por la Administración pueda ser calificado como administrativo, con las consecuencias que (...) ello implica en el plano de las prerrogativas...

Y es que, ciertamente, lo irresponsable de ignorar la diferencia está en las consecuencias que ello implica de cara a las prerrogativas que se le reconocen a la Administración dentro de la noción de contrato administrativo, como son las enumeradas por el autor citado: i) potestad

de dirección y control; ii) potestad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contrato; iii) potestad de interpretar el contrato; iv) potestad de modificar unilateralmente el contrato (*"ius variandi"*); y v) potestad de resolver unilateralmente el contrato.

Qué ocurre cuando no hay diferencia: que la Administración Pública podrá ejercer todas estas potestades frente a un particular con el que contrata incluso la compra de papel, lápices, una tienda de dulces en el aeropuerto, y cualquier cosa que tenga a bien contratar el Estado.

Desde esta óptica, se propone como un ensayo de definición del contrato administrativo: aquellos que se encuentran destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer directa e inmediatamente el interés general, y que en principio deba ser ejecutado por el Estado.

Luego de todo lo anterior, las críticas a la noción de contrato administrativo que se maneja actualmente en Venezuela se concretan en las siguientes:

1) La amplitud exagerada en el concepto de contrato administrativo, hasta el punto de que cualquier contrato en el que sea parte un ente público puede encuadrar en esta definición de contrato administrativo. Unido a ello, la ligereza con la que se prescinde de la importancia de la diferencia entre contratos de la Administración y contratos administrativos, ligereza que lleva a permitir que la propia voluntad de la Administración Pública sea la que decida el régimen jurídico aplicable, es decir que sea ella quien decida si el contrato es o no un contrato administrativo. Obvio, la nefasta irresponsabilidad de quienes no atienden a los efectos y consecuencias de sus afirmaciones para

desdeñar la diferencia entre contratos privados de la administración y contratos administrativos.

2) La omisión al elemento teleológico en la definición, es decir, a la finalidad con la cual se celebra el contrato como elemento fundamental para definirlo. Al igual que ocurre con la definición de acto administrativo, se prescinde del elemento teleológico, que es fundamental para definir al contrato administrativo porque la satisfacción directa e inmediata del interés general o la prestación de un servicio público son fundamentales para que un contrato sea reputado como administrativo.

3) La indeseable inclinación al elemento subjetivo para definir un contrato como administrativo, lo que supone una extensión del privilegio de autotutela, injustificado, arbitrario y nocivo para el propio Derecho Administrativo. Ello quiere significar, que el solo hecho de que los contratos sean celebrados por un ente público no es suficiente para calificarlos como administrativos.

4) Las contradicciones de la jurisprudencia que, con base en estos conceptos amplios e inútiles, termina por proponer situaciones confusas y erróneas. Las disímiles definiciones y los constantes vaivenes que atentan contra la uniformidad en los criterios jurisprudenciales y causan más confusiones que aciertos.

5) La distorsión que se produce en los ciudadanos sobre las circunstancias en las que están sujetos a las prerrogativas de la Administración y la consecuente cesión de los derechos ciudadanos frente a la Administración, en cualquier contrato celebrado con la misma, con lo cual, al igual que ocurre con el acto administrativo, se desdibuja el derecho y se pierde la esencia del Derecho Administrativo que viene, justamente, a equilibrar situaciones de poder y libertades pública. Al

mantener esta definición se sacrifican las libertades públicas frente al poder sin ninguna justificación.

6) Igualmente, se fomentan situaciones de inseguridad jurídica, de abuso y arbitrariedad pues no siempre, y esto hay que entenderlo, no siempre la Administración actúa con potestad de autotutela. No cualquier contrato en el que es parte la Administración pública es un contrato administrativo, no en cualquiera actúa investida de poderes y prerrogativas. Solo tiene, razonablemente, ese privilegio cuando lo amerita y eso es, cuando el contrato de que se trate busque la satisfacción directa e inmediatamente del interés general, bien a través de la prestación de un servicio público o de cualquier otra forma de satisfacción directa del interés general. De lo contrario su actuación no está sujeta a reglas de Derecho Público, sino que se debe atener al Derecho Privado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Francia, antes y después de la Revolución, fue el escenario en el que tuvieron origen la Administración Pública y el Derecho Administrativo y en donde, necesariamente, se encuentran las explicaciones a muchas de las situaciones, que sin mayores fundamentos jurídicos, siquiera lógicos, enfrentamos los administrativistas en la actualidad.

Es la cuna del Derecho Administrativo como régimen especial. Su origen, que respondió a razones, si se quiere, políticas de la época, modeló su contenido, por lo que se presenta como un derecho “*sui generis*”, de allí la especialidad del mismo, al ser un Derecho que vino a racionalizar y equilibrar el ejercicio del poder.

2. Esto es lo que le imprime su especialidad. Es prerrogativa y obligación a la vez para la Administración Pública. Es el que consagra su condición privilegiada y, al tiempo, le impone el respeto y brinda protección a las garantías y derechos ciudadanos. El Derecho Administrativo es una moneda con dos caras, la autotutela administrativa es una; la protección a los derechos y las garantías ciudadanas para lograr el equilibrio deseado, la otra.

3. En cuanto a la prerrogativa de autotutela las razones analizadas han servido para explicar el fenómeno que representa la autotutela administrativa a través del tiempo y, de alguna manera, son el paso necesario para llegar a la verdadera razón, la que no encuentra objeción: el “interés general”.

El análisis se ha hecho sobre la base de comparaciones con otras instituciones y con otros órganos del Poder Público, así como con los particulares y, definitivamente, lo que distingue a esa figura que encarna

la Administración Pública en nuestro sistema, no es más que esa noción interesante y complicada, dinámica y variable, del interés general, a cuya satisfacción está abocada, directa e inmediatamente.

Esta conclusión tiene la trascendencia de producir consecuencias directas sobre la esencia del Derecho Administrativo. Tradicionalmente, y se ve en Venezuela, especialmente ahora, se ha revestido a la Administración Pública de muchos privilegios, simplemente, por su condición subjetiva. Considerada como el Rey, aunque sin Corona, no se ha reparado en que las prerrogativas de la Administración no le son dadas por razones subjetivas, sino porque su labor fundamental es la de velar por el cumplimiento y satisfacción del interés de todos.

Ello supone, en primer lugar, entender que no siempre la Administración está investida de autoridad. No siempre, entonces, cuenta con privilegios. El límite a esos privilegios es también el interés general.

4. La Administración en muchos casos actúa como un particular más, realizando actos particulares, y en esos casos se debe despojar de su ropaje privilegiado y debe someterse, como cualquier particular, al régimen de Derecho Privado.

De lo contrario, lo que se produce es un uso abusivo de esa condición privilegiada que ha llevado a provocar confusión entre estas circunstancias a favor de la Administración Pública, pues, cuando actúa como uno más, sin velar directamente por intereses generales, también le reconocemos sus privilegios, solo por tratarse de ella. Es allí justamente en donde los límites son necesarios. Es allí donde falla el Derecho Administrativo, porque estas circunstancias deben estar claramente delimitadas.

5. Es preciso, por tanto, repensar, partiendo de esta conclusión, las distintas situaciones en las que se involucra la Administración Pública, para distinguir aquéllas en las que actúe en procura de los intereses generales, de modo directo e inmediato, y aquéllas en las que actúe como un ciudadano más. Solo en esos casos la Administración cuenta con el privilegio de autotutela que le ha reconocido el Derecho Administrativo. Emplearlo en otros ámbitos sería ilegal, abusivo, arbitrario, incluso, inconstitucional.

Tan pronto desaparece la noción de satisfacción directa del interés general del actuar de la Administración Pública, efectivamente, llegamos al límite del privilegio de autotutela, en tanto la única razón para otorgársela ha sido esa tutela directa e inmediata.

Esto es lo único que distingue a la Administración de los demás, dentro del Estado, entiéndase órganos públicos, personas naturales y jurídicas, de todos. Es lo que la hace especial. A ella se le encomendó la protección y la satisfacción de los intereses generales de modo directo e inmediato. Por eso, allí radica la justificación final del privilegio de autotutela administrativa. En otras palabras, el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo.

De lo contrario la Administración no tendría que manifestarse a través de actos administrativos, ni tendría que celebrar contratos administrativos, sino que se desenvolvería como cualquier particular, con aplicación de las normas de Derecho Privado, sin privilegios. Podrá celebrar contratos privados, mas no administrativos.

6. Luego de esa conclusión, que se ha denominado la premisa inicial de la investigación, lo que ocupa inmediatamente la atención es justamente identificar, poder distinguir y definir a través de la fórmula que

resuelve la ecuación, que es la satisfacción, directa e inmediata, del interés general, las nociones de acto y contrato administrativo.

7. Ambas suponen potestad de autotutela, de eso no hay dudas, las dudas vienen cuando nos encontramos con el contenido de tales nociones, con las definiciones que hasta ahora se han manejado y se manejan en nuestro Derecho Administrativo, con lo que se consiguen no pocas situaciones confusas que, injustificadamente, se incluyen en estas dos nociones y que hacen un flaco servicio al desarrollo del Derecho Administrativo.

Las laxas, vagas y amplísimas definiciones que hasta ahora se han manejado, en las cuales puede entrar cualquier tipo de actuación, unilateral o bilateral, de la Administración Pública solo han logrado promover situaciones totalmente indeseables. Propician abusos de parte de quienes ostentan el poder en desmedro de las garantías constitucionales de los ciudadanos.

8. El acto administrativo, desde la perspectiva de esta investigación es toda manifestación de voluntad, unilateral, de los órganos del Poder Público, de carácter sub-legal, dictada en ejercicio de la función administrativa, es decir, para satisfacer directa e inmediatamente el interés general.

9. Los llamados actos cuasijurisdiccionales, de acuerdo con el análisis realizado en esta investigación, no encuadran en la noción que se propone de acto administrativo, porque la finalidad que persigue nada tiene que ver con la satisfacción directa de un interés general. Esos procedimientos solo interesan a las partes involucradas. Por qué, entonces, calificarlos como actos administrativos otorgándoles con ello

ejecutividad y ejecutoriedad. Más son los desencuentros, las confusiones y problemas que ha traído esa calificación forzosa, que sus virtudes.

Desde la perspectiva de esta investigación, este tipo de actos, al igual que las multas u otros actos sancionatorios, quedan fuera de la noción de acto administrativo propuesta. Ninguno de ellos está de por medio la satisfacción directa e inmediata del interés general, razón por la cual no se justifica que la Administración ostente el privilegio de autotutela administrativa. Reconocérselo es violentar los derechos y garantías constitucionales de los administrados.

10. Ya de cara a los contratos administrativos ocurre lo propio. Las definiciones hasta ahora manejadas solo ayudan a que cada vez más se imponga la arbitrariedad. Porque es arbitrario e inconstitucional que la Administración Pública actúe con potestades exorbitantes cuando no está en ejercicio de función administrativa, cuando no está dando satisfacción, directa e inmediatamente, a intereses generales.

No es concebible, ni aceptable, que se desdeñe la necesidad de establecer una doctrina del contrato administrativo que distinga claramente las diferencias que existen entre éstos contratos y aquéllos, también celebrados por entes públicos, pero que no involucran la prestación directa de un servicio público, ni la satisfacción directa de un interés general y que, por ende, solo pueden estar sometidos a las reglas del Derecho Privado.

11. El contrato administrativo desde la perspectiva de esta investigación es aquel que se encuentran destinado a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer

directa e inmediatamente el interés general, y que en principio deba ser ejecutado por el Estado.

12. Dos cosas se proponen con esta investigación, volver sobre los conceptos de acto y contrato administrativo, desde una óptica crítica, aquí se propone una, para la construcción de una teoría del acto y del contrato administrativo que atienda a las delimitaciones de los conceptos, esa es la primera; brindar certeza y seguridad jurídica a los administrados, a los ciudadanos al servicio de quienes está, por mandato constitucional la Administración Pública, es la segunda. Ello supone, acabar con situaciones injustas.

13. Un mensaje claro para todos los actores. Al legislador sobre la necesidad de que se prevean las situaciones generales que permitan a la doctrina tener un punto de partida para la construcción de una teoría del acto y del contrato administrativo que atienda a la verdadera razón de ser de los mismos, que imponga, necesariamente, límites a las nociones. Al juez, intérprete máximo del Derecho, a que atiendan a las realidades prácticas, a las consecuencias y efectos de las contradicciones en las que se incurre por manejar conceptos tan amplios y no atender al fin que debe perseguir la actuación administrativa para distinguir las situaciones de cara al caso concreto.

14. Finalmente, sincerar la situación es lo que se desea. Que haya claridad en el Derecho Administrativo, que valga decir, ha alcanzado una madurez que, perfectamente, permite que el legislador haga su parte mediante la concreción en los textos legales de las situaciones, determine, con la generalidad propia de la ley, cuándo se está en presencia de un acto o contrato administrativo y cuando no.

15. Entender que tanto el acto como el contrato administrativo son manifestaciones de voluntad en las que está impresa la potestad de autotutela administrativa, y que ésta solo se reconoce cuando hay una satisfacción directa e inmediata del interés general, es el punto de partida para limitar las definiciones amplísimas, hasta la obsolescencia, que se manejan en nuestro Derecho Administrativo en pleno Siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragón, M. (1998) ***Estudios de Derecho Constitucional***. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Araujo, J. (1999) ***Servicio Público Balance y Perspectiva*** Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Brewer-Carías, A. (1984) ***Fundamentos de la Administración Pública***. (2da. Ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (1991) “***La universalidad del control contencioso administrativo***” Revista de Derecho Público Número 46. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (1996) “***La Interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo***” II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Las Formas de la Actividad Administrativa. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).
- Caballero Ortiz, Jesús. (2004) “***Una Concepción Amplia del Contrato Administrativo es Contradictoria con las prerrogativas de la Administración***” En: Ensayos de Derecho Administrativo - Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Canova Gonzalez, Antonio (1998) “***Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano***” Caracas: Sherwood.
- Chinchilla, C; Lozano B. y Del Saz, S. (1992) “***Reflexiones en torno a la Polémica sobre el Origen del Derecho Administrativo***”. En: Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios. Madrid: Civitas.

- Coscolluela Montaner, Luis, **Manual de Derecho Administrativo I**. Madrid: CIVITAS, 2002,
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** N 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Escola, H. (1989) **“El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo”**. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Farías Mata, L. (1981) **“La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas”**. En: Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo III, Caracas: Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- García de Enterría, E. (1994) **“Revolución Francesa y Administración Contemporánea”**. (4ta. ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernandez, T. (1995) **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial CIVITAS.
- García De Enterría, E. (1997) **“Democracia, Jueces y Control de la Administración”** Tercera Edición (ampliada), Madrid: Editorial CIVITAS.
- Jiménez-Blanco Carrillo De Albornoz, A. (1994) **Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes Del Tribunal De Justicia De La Comunidad Europea** En: Revista Española de Derecho Administrativo, digitalizada, No. 084. Octubre - Diciembre. (jurisprudencia).
- Kelsen, H. (1950) **“Teoría General del Derecho y del Estado”**. México: Imprenta Universitaria.
- Lares Martínez, E. (1996) **“Manual de Derecho Administrativo”** Caracas: 10ma Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela.

- Malareti García, Elisenda (1999) ***“El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; La Relevancia de los Principios Constitucionales”***. En: seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. pp. 9-31.
- Martín-Retortillo, S. (1996) ***“El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones”*** (2da. ed.) Madrid: Civitas.
- Mélich Orsini, José. (1999). ***“El Contrato Administrativo en el Marco General de la Doctrina del Contrato”*** En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Número 116, Caracas: Universidad Central de Venezuela, pp. 65-78.
- Ortiz-Alvarez, L. (2003) ***“Revolución francesa y Justicia Administrativa”*** Caracas: Editorial Sherwood.
- Peña Solis, José (2003) ***“Manual de Derecho Administrativo” La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica.”*** Volumen Tercero. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia.
- Pérez Luciani, G (1998) ***“La noción del Acto Administrativo”*** Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Rivero, Jean (1984) ***“Derecho Administrativo”*** Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Traducción de la 9° Edición.
- Rodríguez-Arana, J (2005) ***“La vuelta al Derecho Administrativo (A vueltas con lo privado y lo público)”*** En: Revista de Derecho Administrativo Número 20, Enero-Diciembre. Caracas: Sherwood.
- Rodríguez Laverde, Ninoska (1999). ***“Servicio Público y Potestad Administrativa. Fines y Medios del Derecho Administrativo”*** En:

AA.VV. "Servicio Público Balance y Perspectiva". Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Sánchez Morón, M. (1982) "**El Derecho a la Tutela Efectiva como Límite a la Ejecutividad de los Actos Administrativos**" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5ª, de 17 de junio de 1982. Ponente, García Manzano). En: Revista Española de Derecho Administrativo, digitalizada. No. 035 octubre – diciembre. Jurisprudencia.

Santamaría Pastor, L. (1994) "**Principios de Derecho Administrativo**". Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Sayagués Laso, E. (1972) **Tratado de Derecho Administrativo**. (2da. Ed.). Montevideo.

Schmidt-Assmann Eberhard, (2003) "**La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**" Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Vélez García, Jorge, (1994) "**Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo Ensayo de Derecho Público y Comparado**". Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.

Normas establecidas por el Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, publicadas en la publicación semestral arbitrada POLITEIA Número 26, Enero/Junio 2001.

Vallenilla, F. (1995) "**Métodos de Investigación**" Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Velez García, J. (1994) "**Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado**" Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.

Witker, J. (1991) "**Cómo Elaborar una Tesis en Derecho**". Madrid: Civitas

Politeia. Constitución y Constitucionalismo Hoy. "***Normas establecidas por el Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela***", publicadas en la publicación semestral arbitrada POLITEIA Número 26, Enero/Junio 2001.