

## Reflexiones para superar a la actividad administrativa contractual como categoría

Jean-Denis ROSALES GUTIÉRREZ\*

REDAV, N° 26, 2023, pp. 67-95

**Resumen:** El artículo revisa la denominación de la actividad administrativa de derecho privado y de actividad administrativa contractual ante la ausencia de una idea ordenadora, teoría, principio o pensamiento sistematizador que circunscriba la implementación de los medios de derecho público (las potestades administrativas) por la unidad correspondiente en el cumplimiento del fin inmanente del ordenamiento, especialmente cuando la Comisión Contratante selecciona a los contratistas.

**Palabras clave:** Actividad – Contenido Regulator – Contrato Público.

**Abstract:** *The article aims to review the name of the administrative activity of private law and of contractual administrative activity in the absence of an ordering idea, theory, principle or systematizing thought that circumscribes the implementation of the means of public law (administrative powers) by the corresponding unit in compliance with the inherent purpose of the ordinance, especially when the Contracting Commission selects the contractors.*

**Keywords:** *Activity – Regulation – Public procurement.*

Recibido

11-12-2023

Aceptado

09-01-2024

### Introducción

Con el esfuerzo de precisar apropiadamente los objetivos, así como los límites del presente artículo en relación con una parte fundamental de la teoría general de la actividad administrativa estatal, se piensa tomar la siguiente acotación afirmativa: intento de aproximación científica de las contrataciones públicas.

Resulta necesario cuidar la claridad del razonamiento, la necesidad de puntualizar al sistema en general y al sistema en particular, conforme lo expone con meridiana claridad el Profesor MOLES CAUBET, de acuerdo con el cual, el sistema es un orden que conduce a la unidad, ya sea a la unidad de conceptos (sistema conceptual), o ya sea a la unidad de los

\* Abogado egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención *Cum Laude*. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Derecho Administrativo. Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). Profesor Agregado en Derecho Constitucional (ULA). Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo y de Derecho Tributario (ULA). Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Or- cid: 0000/0003-1744. Investigación Financiada por CDCHTA-ULA: Código D-490-1709-B..

objetos (sistema real)<sup>1</sup>. Lo mismo ocurre con el Derecho como Sistema, indica el precitado autor, pues existe el Derecho como ciencia, esto es, un sistema conceptual referido a muy diversos conceptos jurídicos que ordenan a la pluralidad de las normas, relacionándolas entre sí<sup>2</sup>.

En efecto, las normas, en general, no se encuentran aisladas, sino que ellas constituyen una señalada *instituta*: órgano, reglamento, actuación material, procedimiento, acto y contrato administrativo, servicio público y dominio público; quedando así constituidas dentro de una unidad lógico-material de carácter conceptual, de un modo muy sistémico, dentro del ordenamiento jurídico.

Los pedestales teóricos formulados por los estudiosos del Derecho Constitucional para el Derecho Administrativo forman el presupuesto lógico necesario de la existencia del Derecho Administrativo moderno venezolano. Se cuenta así, en ese sentido, a la legalidad constitucional, o administrativa, como quiera entenderse, la que define el área de ejercicio de la competencia legal asignada por el ordenamiento jurídico a las autoridades encargadas de seleccionar, en el presente caso, a los contratistas idóneos para satisfacer la necesidad pública existente de la Administración Pública, a quien fue confiada constitucionalmente a la potestad-función, o la competencia *sui generis*, de administrar eficazmente los recursos del Estado en beneficio de los administrados.

GARCÍA DE ENTERRÍA alude a la idea de la legalidad como la técnica de la competencia legal<sup>3</sup>. En relación con la competencia legal, el autor alude a una forma de someter normativamente a las potestades administrativas de corte estatal de una manera sistemática. Esto es, el encasillamiento normativo de las potestades administrativas en contenidos lógicos estancos diferenciados, y que teleológicamente, éstos cumplan con una razón de estado destinada al forzoso bien común de los ciudadanos. Así, ésta legislación promulgada por las autoridades democráticamente electas definen a las operaciones lógicas de las distintas acciones administrativas realizadas por la administración, cuando ésta entabla relaciones jurídicas de diversa índole con los administrados conforme a los mecanismos constitucionalmente diseñados para envolverlos en una situación jurídica.

De este modo, el imperativo será definir, o puntualizar, la naturaleza jurídica de esa acción estatal implementada con relación a los administrados, dependiendo del contenido de la voluntad incorporada en el acto administrativo como concretización de dicha voluntad legislativa,

<sup>1</sup> Moles Caubet, Antonio, *El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado en los Estudios de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV)*. Caracas, 1997, p. 429.

<sup>2</sup> *Ídem*.

<sup>3</sup> García De Enterría, Eduardo, *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. Editorial Thompson-Civitas. 3º ed. Cuarta Reimpresión. Madrid, 2004, p. 21.

pues el ordenamiento constitucional dispone de palabras, de vocablos, de verbos predestinados a diferenciar la naturaleza jurídica de las funciones constitucionales: juzgar, legislar, controlar, gobernar, o administrar. El verbo, entonces, denota una clara competencia gubernamental.

Luego, cuando se analiza a las múltiples funciones de la acción administrativa de la administración pública ordenada jurídicamente como un ala instrumental de concretización de los programas político-gubernamentales diseñados por el Gobierno, se halla de nuevo con vocablos, palabras, dicciones o verbos, como normar, o regular, limitar, autorizar, prohibir, expropiar, planificar, fomentar, sancionar, controlar, presupuestar, controlar, organizar, entre otras.

A resumidas, la legislación promulgada emplea unos verbos que examinándolos, diseñan una acabada teorización globalizante acerca de la indicada acción estatal (o potestad), conforme a las pinceladas procedimentales delineadas por el legislador, quien ilustra el cómo diferenciar una acción administrativa estatal de la otra, y en fin, la formulación de las reglas, los principios y valores, que circunscribirán su referido ejercicio, según los postulados trazados normativamente por las autoridades legítimas, de un modo sistemático acorde a los valores constitucionales plasmados en el sistema constitucional, con los principios consagrados en los artículos 1 de las leyes administrativas especiales, en este caso, el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas.

En líneas conclusivas, el verbo anunciado por la legislación hace referencia a eso que hace la Administración, en cada tarea definida legalmente, como una competencia.

Lo contrario acontece con la expresión acuñada de la “actividad administrativa de derecho privado,” o incluso “de contractual”, pues las dos categorías jurídicas mencionadas, especialmente la manejada por BREWER-CARÍAS de actividad administrativa de derecho privado<sup>4</sup> no posee una denotación material diferenciadora alusiva a un verbo competencial. De igual manera ocurre, con PEÑA SOLÍS<sup>5</sup> y que manipularon algunas autoridades judiciales<sup>6</sup> con el segundo caso, y la totalidad de las autoridades judiciales con relación a la primera y la tercera, no poseen una denotación material diferenciadora alusiva a un verbo, o a una acción estatal determinada, sino a una expresión equívoca e indeterminada

<sup>4</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph. *Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de Aplicación. Ley de Contrataciones Públicas*. 3<sup>o</sup> ed. Caracas, 2012, p. 9

<sup>5</sup> Peña Solís, José *Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública: La Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y Gestión Económica*. V. III. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 35 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. Sentencia N° 601 SC-TSJ del 14-05-2012. Caso Grupo Telemático de Lotería GTL. S.A. Magistrada Carmen Zuleta de Merchán; o la Sentencia N° 57 de SC-TSJ del 14-08-2013. Caso Los Monteiro Vs IAN. Magistrado Francisco A. Carrasquero López.

materialmente, que no consigue distinguir la acción intelectual ponderadora de los diferentes intereses legítimos envueltos dentro de la relación jurídica de carácter colaborador que sostiene la Comisión con los diferentes operadores.

La expresión de actividad administrativa de Derecho Privado no denota nada con relación a la manera en que el órgano contratante procede para seleccionar a los contratistas. Y la actividad administrativa contractual<sup>7</sup> patrocina su apelativo con un marcado criterio formal: un contrato; de implementar un medio de derecho privado, no tanto, conforme con un contenido material diferenciador de los restantes modos por parte de la Comisión.

El efecto, de la exposición teórica procura desmontar la apuntada nomenclatura, sólo en el ámbito de las contrataciones públicas venezolanas ante la necesidad de una profunda revisión crítica, que siente las bases para la reconstrucción del Derecho Público de las contrataciones públicas venezolano, puesto que ésta nomenclatura jurídica carece de la precisión técnica, así como de una necesaria sistematización conceptual idónea para un cuerpo científico aceptable.

Aunque, la expresión actividad administrativa de Derecho Privado viene siendo discutida por casi cuatro décadas, debe advertirse, que en nuestra opinión, no ha sido resuelta a plenitud la imprecisión teórica envuelta con la respectiva designación. No es suficiente demostrar la integridad de las incoherencias de la formulación lingüística de dicha categoría potestativa en cuestión, ya que no contribuirá, de manera única, a palear la actual situación de desidia del actual punto jurídico, pues resulta necesario, por un lado, demoler de un modo uniforme a la referida categoría con cada una de las situaciones arriba mencionadas; y por el otro lado, de formular el apelativo correspondiente con su respectiva teorización de una manera idónea, con la mística del bloque normativo correspondiente.

Actualmente, la denominación actividad administrativa de derecho privado, pudiera ser sustituida, legalmente y de forma parcial, por la denominación actividad contractual, o mejor dicho: actividad

---

<sup>7</sup> Hernández-Mendible, Víctor Rafael, *El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación*. 3° ed., Caracas, 2012, pp. 65, 66, 69. De igual forma, Linares, Aurilivi, *Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas*. 3° ed., Caracas, 2012, pp. 127, 129, 131, 132, 134. Hernández, José Ignacio, *El Contrato administrativo en la ley de contrataciones públicas venezolana*. 3° ed., Caracas, 2012, p. 179. García Soto, Carlos, *Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la ley de contrataciones públicas y su reglamento*. 3° ed., Caracas, 2012, p. 191 y ss. García Soto, Carlos, "Principios de la actual actividad administrativa contractual" En *VII Jornadas de Derecho Público: El Derecho Administrativo Económico en los inicios del Siglo XXI*. Universidad Monteávila. Caracas, 2008, p. 91.

administrativa contractual, conforme indica el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas (pero sólo en este ámbito), cuando menciona a la actividad estatal relacionada con los objetos contractuales mencionados de la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras. A partir de allí, la juridificación de la actividad administrativa contractual con una serie de intereses generales específicos, como un Derecho Administrativo de la gestión subordinada del patrimonio público a los intereses colectivos en palabras de MEILÁN GIL<sup>8</sup>.

Sin embargo, la presente sustitución tuvo un notable doble efecto perjudicial con relación a la reinante incoherencia de la teorización de las contrataciones públicas. El primero devino en el relevo en el área de las contrataciones públicas de una designación imprecisa con otra mucho más imprecisa aún. Que, a nuestro modo de ver, solo puntualiza un poco más, desde un punto de vista formal, en cuanto al medio jurídico *iusprivatista* en la materialización de los cometidos. El segundo es el inconsciente abandono categorial-doctrinal de las restantes aéreas “contractuales”, diferentes de las contrataciones públicas, que acabaron siendo acantonadas dentro de la todavía existente “actividad administrativa de derecho privado” para esas técnicas contractuales, sin que nunca se detuvieron en un forzoso adentramiento dogmático para perfilar una teoría cónsona con el empleo de esa técnica en el caso. Y, que requiere de solución, con métodos jurídicos.

El método de la destrucción teórico-argumentativa de la presente nomenclatura será el racionalismo crítico inferido por “La Lógica de la Investigación Científica” de Karl Popper<sup>9</sup>, pues la expresión: la actividad administrativa de derecho privado, o de “actividad administrativa contractual,” carece de un revestimiento científico suficiente, tolerable objetivamente por la comunidad científica del derecho.

## I. Planteamiento para la falsación de la nomenclatura, o nominativitas administrativa

La primera razón considerada para plantear la total supresión de la expresión *actividad administrativa de derecho privado* radica en la insuficiencia de un contenido indicativo de la materia tratada con el nombre señalado. La denominación empleada no denota un contenido de acción alguno por parte de la Administración. Con la expresión *de derecho privado* incorporada con *actividad administrativa* no se descifra el contenido específico de esa actividad, pues la expresión “de derecho privado” o “contractual” es bastante lata, o dilatada si pudiere decirse. Y con ello, que sea muy ambigua e imprecisa determinar el contenido

<sup>8</sup> Meilán Gil, José Luís, *El proceso de la definición del derecho administrativo*. Madrid, 1967, p. 85.

<sup>9</sup> Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*. Editorial Tecnos. 1962.

regulador de la decisión unilateral desprendida del órgano o ente con suma precisión, cuando selecciona a los administrados apropiados para conseguir la colaboración indispensable para el cumplimiento de los fines propios<sup>10</sup>.

A simple vista, la voz “actividad administrativa de derecho privado” se toma de una manera más o menos dilucidada para identificar lo comprendido en la expresión “actividad administrativa”, referente con el empleo de potestades administrativas cuyo ejercicio trae consigo irónicamente el nacimiento puro de un “contrato administrativo”. No de un acto administrativo formal (potestad de autotutela declarativa), o de una actuación material (potestad de autotutela ejecutiva), o del reglamento ejecutivo (potestad reglamentaria), sino de un contrato estatal: (¿es potestad de autotutela ejecutiva?) y cuya definición formal nunca fue concretada con suma precisión ante el acto administrativo formal definitivo. Una acotación bastante curiosa, porque el contrato de derecho público en general, es mencionado por la doctrina administrativa venezolana desvinculándolo de la noción de potestad estatal, esto es, al contrato como una exteriorización del ejercicio de una potestad estatal administrativa, pues el órgano o ente persigue un interés público explícito por la Ley, pero en lugar, de hacerlo mediante el ejercicio de potestades, administrativas, decide atendiendo sobre todo la naturaleza de la materia que se trate, de utilizar un instrumento de derecho privado, y desde luego sujetarse a un régimen también, de derecho privado<sup>11</sup>.

Aun así, cabe la posibilidad de insinuar la expresión de *potestad administrativa contractual* del Profesor ARAUJO<sup>12</sup> con su extraordinario Manual de Derecho Administrativo: Parte General; o en su también otrora obra jurídica especializada, denominada Derecho Administrativo General: Acto y Contrato<sup>13</sup> o quizá, como una potestad administrativa de derecho privado, aunque no se podría nunca coincidir completamente con ello. ARAUJO define a la *potestad administrativa contractual* como la posibilidad del Estado de crear situaciones jurídicas de esta clase con los contratistas, de las que derivan derechos y obligaciones de carácter económico recíprocos. Se trata del ejercicio de una modalidad de la competencia administrativa para la consecución de los fines públicos. De este modo, la actividad contractual tiene, así, esencia de herramienta jurídica,

---

<sup>10</sup> Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 9º ed. Montevideo, 2004, p. 251.

<sup>11</sup> Peña Solís, José, *cit.*, p. 34 y 35.

<sup>12</sup> Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 604.

<sup>13</sup> Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 284.

al igual que las demás formas administrativas, como instrumentos que el Derecho brinda para el obrar de la Administración Pública<sup>14</sup>.

Los estudios relacionados con la temática de los contratos administrativos, conocen manifiestamente a esa noción como un acto jurídico estatal con forma de derecho privado. Aun así, los expertos de la materia nunca asomaron la posibilidad del contrato administrativo como exhibición del ejercicio de una potestad administrativa, o de la autotutela: declarativa o ejecutiva, es decir, con sus nombres y apellidos diferenciados. Ello conlleva a analizar una nota esencial del contrato administrativo: cómo entonces nace éste, si no es a través de una potestad administrativa atribuida legalmente a la administración. Y no puede acontecer de otra manera. Es así en nuestra opinión, que el contrato administrativo se presenta en una forma de la función administrativa. Tenemos que tocar la potestad primero, para tocar al contrato administrativo como acto jurídico después. Las potestades, son administrativas, por una clara razón. Y asimismo, dicho contrato es público, por una lógica consecuencial. Esa potestad y el contrato de la administración pública no son conceptos reñidos en lo absoluto, sino que el segundo es, sólo, una aplicación concreta, un producto del ejercicio de la primera, una variable de su aplicación práctica en la realidad. Por eso, la doctrina nacional y extranjera no han dudado en afirmar que, en suma, el contrato es una de las tantas formas de la función administrativa, y también, una de las técnicas de colaboración voluntaria de los particulares con el Estado, en materia de obras, bienes y servicios<sup>15</sup>.

En tal sentido, quien contrata con la Administración Pública, como señala GENY<sup>16</sup> no es un contratista común, aún actuando en situación de subordinación económico-jurídica respecto de las distintas personas jurídicas públicas, pues la misma presencia del interés público califica de una forma robustecida la posición del Estado y el contratista, al no considerarlos como simples partes que negocian, sino también colaboradores que se topan, aun cuando persiguen propósitos distintos<sup>17</sup>. Por tanto, lo anterior refleja la existencia de la ecuación dialéctica entre autoridad y la colaboración voluntaria de los particulares.

Justamente, de la lógica dialéctica suscitada entre la potestad/interés general/derechos de los contratistas, surge la dinámica de la actividad administrativa estatal que se vale de la técnica contractual, pues la decisión de selección del contratista con el contrato envuelven una valoración técnica, que trasmuta la potestad administrativa en el

---

<sup>14</sup> *Ídem*, p. 255.

<sup>15</sup> *Ídem*.

<sup>16</sup> Geny, Bernard, *La Collaborations des Particuliers avec l'Administration*. París, France, 1930.

<sup>17</sup> Flamme, Maurice André, "Los Contratos de Obras Públicas de la Administración" en *Revista de la Administración Pública* N° 21. IEP. Madrid, 1956.

nacimiento de un contrato administrativo. En consecuencia, nos encontramos con una obvia relación de género a especie en la formación de los contratos públicos.

El autor argentino DROMI señala cómo la función administrativa puede exteriorizarse jurídicamente bajo la modalidad de los contratos administrativos. De ahí que la función ejecutiva y la actividad administrativa son sinónimos de potestades administrativas. La diferencia radica en el eminente rango formal de uno, y el conjunto enlazado de todos ellos reunidos en un procedimiento recogido normativamente en el otro<sup>18</sup>.

Visto así, la contratación administrativa ostenta la cualidad de una herramienta de gestión estatal erigida al servicio objetivo de los ciudadanos como ocurre con los actos, las actuaciones materiales y los reglamentos. De este modo, la Administración origina múltiples actos jurídicos estatales de contenido administrativo ante el inexcusable ejercicio de sus potestades, siendo el contrato administrativo, tan sólo, uno de ellos.

En una primera aproximación conceptual, la actividad administrativa tiene una estructura bastante simple. Generalmente, se halla con el acto administrativo formal puro. Ocasionalmente, el acto administrativo formal se ordenará con la actuación material. Y excepcionalmente, el acto administrativo formal acabará ensamblándose con el contrato público, como ocurre con el mundo de las contrataciones públicas. Muy excepcionalmente, también, aunque ello no debería nunca sobrevenir así, la actividad administrativa queda configurada únicamente con “una especie de contrato de derecho privado.”

Antiguamente, esa última estructura de la actividad administrativa encontraba vigencia. De hecho, el catedrático PÉREZ LUCIANI decía: las Administraciones modernas, en una propensión siempre muy creciente, vienen dotadas de medios de Derecho Público para atender el cuidado de los intereses públicos, pero al mismo tiempo, y también con la misma propensión, con los medios de Derecho Privado para ser utilizados de manera alternativa con aquéllos; o por el contrario, la Administración Pública no dispone sino de Medios de Derecho Privado<sup>19</sup>.

Una tesis que queda actualmente desvirtuada, tras analizar varios instrumentos normativos de tipo decretal dictaminados con ocasión a la Ley Habilitante (2010-2012), como el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos<sup>20</sup> cuando juridifica a la totalidad de los contratos de compra-

---

<sup>18</sup> Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*. Editorial Cd. Argentina. Buenos Aires, 2004, p. 457.

<sup>19</sup> Pérez Luciani, Gonzalo, “Funciones del Estado y actividades de la Administración” en *Revista de Derecho Público* N° 13, 1983, p. 21.

<sup>20</sup> Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinaria del 19-11-2014

venta, arrendamiento y las demás técnicas contractuales del artículo 76 (“La actividad administrativa estatal privada de la Administración”), procedimentalizando su completo ejercicio a un cauce legal estructurado con unas garantías mínimas según el capítulo VIII, y que por ende, las termina sometiendo consecuentemente a la LOPA<sup>21</sup>, de un modo supletorio, y no residual. Confiriendo de esta manera, no sólo un encuadramiento normativo muy concluyente, sino también principista, de las técnicas contractuales que existían exceptuadas en parte, del derecho administrativo. Este Decreto-Ley otorga sustantividad administrativa propia a contratos públicos rellenados hasta hace un tiempo atrás, de una marcada sustantividad privada; o al menos, se puede decir, que hoy en día hay una sustantividad administrativa mayor, comparada con tiempos anteriores.

Como consecuencia lógica, ello infiere una interrelación de técnicas del derecho público con las técnicas del derecho privado, pero que fue mal distinguida patronímicamente como una actividad administrativa de derecho privado ante la naturaleza dual de su contenido, o como una actividad administrativa contractual ante la misma naturaleza supraconceptual de la noción contractual con relación a varias disciplinas jurídicas. Esa relación analógica arriba traspolada al orbe de las contrataciones públicas podemos extraerla del autor francés TIMSIT<sup>22</sup>.

En tal sentido, la doctrina venezolana, al analizar la justificación del procedimiento administrativo, concluye que éste es una de las pocas figuras centrales del Derecho Administrativo. Pues hay, así, una justificación teórica: el procedimiento administrativo nace con ocasión al referido acto administrativo –más no con el contrato administrativo expongo yo, sino mucho después: siglo XX– y también que se halla una justificación contemporánea, producto de su evolución: que el procedimiento administrativo es garantía de la Administración vicarial y de la buena administración como concepto jurídico<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, el procedimiento administrativo como concepto que envuelve a la actividad administrativa, viene construido en torno al concepto jurídico del acto administrativo, pues según el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), el

<sup>21</sup> Gaceta Oficial N° 2818 Extraordinaria del 01-07-1981.

<sup>22</sup> Timsit, George, “Le Rôle de la Notion de la Fonction Administrative” en *Revue de Droit Comparée*. Volumen 16. N° 3, 1966, pp. 684-685. Pero aun cuando, tal descripción fuera inicialmente posible, quedaría por resolver la naturaleza de las reglas del Derecho aplicables por los sujetos administrativos en cada caso, pues es sabido que disponen tanto de las normas propias del Ordenamiento Administrativo, como de las de otros Ordenamientos, sin que quepa desprever de importancia a éste problema, remitiéndole a zonas límites y extremas donde únicamente tendría trascendencia episódica.

<sup>23</sup> Hernández, José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012, p. 27.

procedimiento es un requisito mínimo de legitimidad del acto cuyo incumplimiento trae consigo su falta de legitimidad de cara a la sociedad, al calificársele como un acto nulo de pleno derecho: es entonces, un elemento formal sumamente esencial del acto administrativo. Y conceptualmente, dicho procedimiento administrativo está supeditado como un apéndice del acto administrativo, tal como ocurre en cualquier tipo de función pública<sup>24</sup>.

En el caso del contrato administrativo sobreviene igual, pues, si bien es cierto que el referido contrato administrativo es un concepto jurídico apéndice del acto administrativo, a diferencia del procedimiento administrativo que es un *præius* que confiere legitimidad al acto, el contrato público es un *quid postea* al acto administrativo. Hasta tal punto, que puede certificarse lo anterior con el infalible argumento de que en el sistema de pretensiones del Derecho Procesal Administrativo venezolano no existe un recurso contencioso de nulidad contra el contrato administrativo, sino contra el acto, e incluso contra el reglamento. Lo más parecido, es el recurso de plena jurisdicción del Derecho Administrativo francés, que implica una acción conjunta contra ambas nociones, pero con pretensiones completamente diferentes entre sí.

Si se adentra cronológicamente el estudio exacto del acto, del procedimiento y el contrato, puede vislumbrarse que desde los tiempos del absolutismo ilustrado del siglo XVIII, el acto administrativo es concebido como un producto de todas las prerrogativas de potestad pública de las que dispone la administración, de donde su nota más característica es, sin duda, el carácter ejecutorio<sup>25</sup>. Luego, si se procedimentaliza mucho más con la unión del contrato con el acto.

Ahora bien, pese a verse esto en el espacio como un avance mínimo, es fundamental para el sistema de garantías al concebirse la necesidad de contratar con una decisión ejecutoria previa. Y luego, ya con un preciso Estado de Derecho, una procedimentalización rigurosa en una selección más minuciosa del contratista, pero entendiendo que detrás de ese acto administrativo ejecutorio de la comisión contratante, hay una historia secuenciada de actos administrativos integrados en torno a un hilo conductor en común, que acaba conclusivamente en el acto definitivo. Conforme a la secuencia lógica contenida en la ley especial, el acto definitivo es el acto ejecutorio ordenando la firma del contrato con el contratista ganador. Y como es obvio, el acto ejecutorio no es redactado siguiendo el esquema de unas estipulaciones contractuales por su misma naturaleza imperativa y ejecutiva. Por eso, el acto ejecutorio es la

---

<sup>24</sup> Pérez Luciani, Gonzalo, *El Principio de Legalidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, p. 39.

<sup>25</sup> Vedel, George, *Derecho Administrativo*. Aguilar. Buenos Aires, 1980, p. 57.

*buenapro*, y el contrato administrativo, el elemento que confiere la perfección jurídico-material al acto ejecutorio de la Comisión Contratante<sup>26</sup>.

Pero decir que existe un contrato separado del acto ejecutorio no define el contenido regulador del acto administrativo con precisión. Podiere considerarse si la declaración unilateral por enjuiciar la simple contratación pudiera denominarse como una actividad administrativa contractual, como dijo ARAUJO, pero en nuestra opinión, no puede considerarse así. El contenido natural del acto definitivo emitido por el órgano contratante no sólo decide contratar con alguien tras una examinación o una evaluación, sino que éste determina a las partes que estarán envueltas en la relación jurídica originada con la firma del contrato, que es el período ejecutivo del procedimiento administrativo de selección de contratista. La denominación de la actividad administrativa contractual olvida la función del acto en el procedimiento de selección del contratista, considerando que el contrato es el elemento central, cuando no es el único, sino el segundo ante el peso enorme del acto administrativo dentro de la justicia administrativa, pues el contrato público está conectado con la declaración unilateral previa que cimienta su origen dentro del procedimiento de formación de la voluntad contractual.

De tal modo, que la misma Ley considera ilegítimo, antijurídico, un contrato, desvinculado del acto administrativo formal previo, proviendo un mensaje primordial dentro de la dogmática de las contrataciones públicas: la conexión forzosa del acto con el contrato en el procedimiento de selección de contratistas, que forma parte del procedimiento como un concepto jurídico en Italia, al supeditararlo como un apéndice del acto, pues el procedimiento es un conjunto de actos preordenados para la formación del acto administrativo definitivo<sup>27</sup>.

De allí el concepto básico de procedimiento: un conjunto de trámites formales que, de acuerdo con la legislación, permiten a la Administración dictar el acto administrativo en vista del ejercicio de potestades administrativas<sup>28</sup>. Pero es importante centrar el argumento de que muchas veces la simple idea de la configuración legislativa de un procedimiento no basta para legitimarla ante la sociedad, pues se requiere de la conveniencia y utilidad práctica para simplificar el trámite al administrado<sup>29</sup>. Esto último, visto desde el punto de vista de la rendición de cuentas (*accountability*) y la gobernanza, que son nociones prácticas de bien para el administrado que acude a la Administración para su interés.

---

<sup>26</sup> Es importante destacar, que la doctrina no estudiado con suma precisión el carácter ejecutorio del acto de la Comisión Contratante.

<sup>27</sup> Ranalletti, Orestes, *Teoría degli Atti Amministrativi Speciali*. 7° ed. Giuffré. Milán, 1945.

<sup>28</sup> Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo. Tomo I*. Giuffré. Milano, 1970.

<sup>29</sup> Hernández, José Ignacio, *El procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012. p. 35.

Por si ello fuera poco, concurren múltiples objetos de contratación caracterizadores de una determinada y diferente técnica contractual, que son diferentes de los contratos empleados en las contrataciones públicas, como el contrato de suministro de bienes, el contrato de la prestación de servicios públicos, el contrato de la ejecución de obras, el contrato público de las concesiones, o de las OPA's, o de las OPV, o del contrato de sociedad, o arrendamiento, o la compra, o la venta (remate), o el crédito público, etc. Y toda la teorización sustantiva enmarcadora, y por efecto, la teorización procedimental correspondiente, no va a ser nunca la misma. Todas estas potestades deben poseer una denominación distinta acorde con su materia. De allí, que a cada cosa, cada actividad administrativa estatal, cada potestad, con su debido nombre y teorización respectiva.

FORSTHOFF dice: hay que atender más forzosamente al sentido del obrar administrativo determinado por la Ley, que a la intencionalidad psicológica del funcionario que redacta la parte dispositiva del acto<sup>30</sup>.

## II. Interrelación del acto y el contrato administrativo. Acerca de la teoría de los actos conexos y coligados dentro de las contrataciones públicas

La interrelación del acto administrativo definitivo y el contrato administrativo ha sido definida básicamente de dos maneras:

La primera indica una conexión indefinida de carácter formal conforme con la *Teoría de la separación (Teoría de los actos separables)* diseñado por el Consejo de Estado con el *Arrêt Martín*<sup>31</sup>, debido a la inespecificidad de la función del acto y del contrato público dentro del procedimiento de selección del contratista. No indicando cuál es la función formal del contrato administrativo con su acto administrativo previo.

De hecho, la misma doctrina francesa contemporánea prestó poco interés a la noción de la operación administrativa, siendo la técnica de la separabilidad tan sólo una concepción atomística del procedimiento administrativo en cuestión, por la cual, el acto administrativo definitivo queda totalmente separado del contrato administrativo, basándose así, no en una construcción fundada en actividades administrativas estatales, sino en los actos unilaterales, que son sus elementos. Y tal carácter, por cierto, hoy en día constituye el pivote principal del derecho administrativo moderno de las contrataciones públicas. Una insuficiencia teórica, que se supera luego con la teoría de los actos coligados.

<sup>30</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1958, p. 291.

<sup>31</sup> Consejo de Estado Francés, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Buenos Aires, 2002, p. 56.

Sin duda alguna, éste, el contrato público, debe encontrar antecedentes conectados con el ordenamiento jurídico por el acto administrativo formal definitivo de ese algo. Y ese algo es un procedimiento de selección de contratistas que culmina con un acto administrativo formal definitivo. Ambos elementos, acto-contrato, deben conformar un binomio jurídico funcional unitario aplicado en bloque, como ocurre ineludiblemente entre el acto constitutivo y la actuación material. La anterior expresión denota una concretización conjunta en tiempos separados<sup>32</sup>.

La segunda, la *Teoría de los actos administrativos coligados* demuestra cómo el acto administrativo constituye el antecedente susceptible de determinar de una manera total o parcial, el acto consecuente, y que el acto administrativo consecuente a su vez, es susceptible de ser determinado totalmente por el acto administrativo antecedente<sup>33</sup>. Dicha determinación no sólo se refiere a la procedencia, sino a la totalidad de los elementos de validez del acto administrativo. Y se manifiesta no sólo entre el conjunto concatenado de los actos administrativos emitidos en la ejecución del procedimiento administrativo, sino también entre el acto administrativo y el contrato público, que viene siendo el acto final del procedimiento de selección del contratista.

Debe realizarse la siguiente salvedad: la convención no puede ser considerada como un acto unilateral. No hay pues, actos administrativos bilaterales, porque los actos administrativos son declaraciones unilaterales derivadas de los órganos o entes públicos, mientras que todos los contratos, según LARES, son actos de la administración pública de carácter bilateral o plurilateral, igualmente emanados de órganos o entes públicos, en cuya celebración intervienen dos o más entidades administrativas, o bien, además de una entidad administrativa, uno o más sujetos de derecho privado<sup>34</sup>.

Además, el Estado no posee verdaderamente la capacidad jurídica para contratar. Ella cuenta con una aptitud legal para dictaminar actos jurídicos, esto es, con la competencia, más no con la capacidad para entablar relaciones jurídicas simultáneas de carácter recíproco con quienes asiente el concierto de voluntades mediante convenios<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> La concreción en tiempos separados, queda demostrada con la separación temporal establecida en la Ley de Contrataciones Públicas al indicar, que el contrato deberá ser suscrito dentro de los tres días siguientes a la notificación de la calificación positiva emanada de la Comisión Contratante.

<sup>33</sup> Tavares Duarte, Fabiola, *Actos administrativos y contratos de la administración pública. Teoría general de la conexión*. Caracas, 2003, p. 39.

<sup>34</sup> Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*. 12° ed. Caracas, 2002, p. 247.

<sup>35</sup> Cosculluela, Luis et al, *Derecho Público Económico*. 4° ed. IUSTEL. Madrid, 2011, p. 176. Así lo menciona la doctrina española, "que las condiciones contratantes son términos que se aceptan o no por los participantes". Al final cierra, "por lo que el contrato administrativo es esencialmente de adhesión".

Técnicamente, el Estado no contrata, sino que conviene con los particulares. El verbo contratar, no puede conjugarse con el sustantivo Estado, debido a su notable incompatibilidad jurídica<sup>36</sup>. De ahí, que sea pertinente señalar la tramposa indicación de una competencia contractual estatal, en lugar de una competencia convencional, como bien argumenta EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>37</sup>. Además, de una revisión sumamente difícil de precisar, hay que decir de una manera responsable ante la dificultad de llegar a una conclusión definitiva al respecto, que las consideraciones de los presentes autores en el área de los “contratos administrativos”, no son tomadas en cuenta en Venezuela.

La contradicción del contrato con el ordenamiento jurídico viene aparejada por su desvinculación a través del acto administrativo, que fundamenta y justifica su existencia dentro del mundo de lo jurídico, pues el contrato involucra a la ejecución del contenido regulador del acto administrativo. De este modo, tal función del contrato público, dentro de la teoría general del acto administrativo, consiste en ejecutar, en realizar, en materializar, en cumplir específicamente el contenido regulador del acto administrativo formal empotrado en su cavidad sustancial: la orden de contratar con los comerciantes indicados por el acto ejecutorio, en los términos de las condiciones de contratación descritas en el pliego.

En cambio, el acto administrativo definitivo halla su obvio cimiento en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el contrato hallará su fundamento en el ordenamiento, indirectamente, a través del acto administrativo. Si el contrato es contrario al acto administrativo, o ambos son conjuntamente contrarios a derecho como una unidad de acción, entonces son contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, que éstos sean contrarios a derecho, y por efecto, que el contrato administrativo constituya una contrariedad a derecho conforme al artículo 98 LCP. Podríamos decir entonces, que la firma de un contrato administrativo con ausencia de acto definitivo previo supone una especie de vía de hecho contractual.

Formalmente, el contrato es un acto jurídico bilateral concretizador del acto unilateral emitido por el contratante, quien en sí es resolutoria-mente creada para decidir argumentativamente: ¿Quiénes van a ser los

---

<sup>36</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia/SPA del 14-12-1961.

<sup>37</sup> García, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Civitas. Madrid, 2000, p. 671 y ss. “como hemos hecho, los convenios interadministrativos propiamente tales que habrán de estudiarse en el Derecho de la organización, y limitándonos al tema de los convenios entre la Administración y los administrados en sus diversas formas (contratos administrativos, contratos privados, conciertos de administración), ¿es posible encuadrar estas figuras bajo el esquema técnico del contrato?”.

futuros contratistas del Estado? ¿Y por qué? Había que individualizar eso, obligatoriamente, aunque esto sea obvio. Es necesario volver entonces a encaminarnos en el acto administrativo, pero ésta vez, enfocado más en un sentido procedimental; tomando en deferencia las incidencias que fueron sucediéndose cronológicamente para la creación de la voluntad del contratante en la selección de las partes del contrato administrativo; incidencias tales como: la examinación, la evaluación y la recomendación.

El contrato público no define el contenido del acto administrativo, sino que éste es el fin existencial de tales actos previos. Y el acto administrativo formal define la existencia finalista del procedimiento según el axioma: todo procedimiento culmina con un proveimiento administrativo; porque el acto administrativo definitivo es el producto de la procedimentalización legal de la actividad administrativa estatal.

Además, la firma del contrato administrativo por el contratista beneficiado no supone un acuerdo verdadero de voluntades, sino un respeto a las condiciones de contratación formuladas unilateralmente por la Comisión con asistencia de un staff de expertos en la materia. Hay una gran diferencia entre quien selecciona a los contratistas y quien firma el contrato en nombre del órgano o ente contratante, pues son dos unidades diferentes. El contenido regulador, natural e implícito de la Resolución que selecciona al contratista viene siendo: la mera orden de contratar con los operadores económicos seleccionados por contar con las exigencias legales respectivas.

El operador económico nunca formula las condiciones de contratación, sino que éstas son formuladas unilateralmente por la unidad administrativa constituida a los efectos de darle cumplimiento al bloque normativo de las contrataciones públicas. El operador económico, o el oferente, o el contratista, o participante en el procedimiento, nunca formulan sinalagmáticamente, las estipulaciones obligacionales del contrato, sino que éste, consiente convenientemente para sus intereses, las condiciones contractuales recetadas por la Comisión. Y así, lo indica expresamente GARCÍA DE ENTERRÍA: toda regulación del fondo del contrato administrativo se construía en nuestro derecho, al amparo del principio civil de la autonomía dispositiva (Arts. 1091-1255 Código Civil), y como estipulaciones contractuales o pliegos de condiciones se incluían en el contrato, todas las especialidades propias del contrato administrativo<sup>38</sup>.

Sin embargo, únicamente, el Derecho civil suplirá al Derecho administrativo, cuando éste último manifiestamente así lo indique. Tanto así, que según RIVERO, el contenido del contrato administrativo viene determinado por la paulatina y creciente sustantividad del derecho

---

<sup>38</sup> Rivero Ysern, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*. Universidad de Sevilla, 1971, p. 39.

administrativo<sup>39</sup>; impidiendo así cualquier posibilidad de privatizar el contenido de las cláusulas contractuales contenidas en el contrato administrativo. Entendiendo que privatizar o publicar a la sustantividad administrativa de los contratos administrativos no implica posicionar al Estado por encima, o, por debajo del administrado, sino el juridificar según principios constitucionales democráticos a ambas partes en la relación jurídico-administrativa de corte contractual.

Cierto, el contrato administrativo no está regido por el principio de autonomía de las partes, sino que éste está encaminado esencialmente por el principio de la legalidad, que se haya materializado a través de las disposiciones normativas de carácter legal, reglamentario y *ad-hoc* (condiciones de contratación específicas del caso). Pero, ésta también regulado mediante la voluntad administrativa contractual –que es en gran parte, una potestad discrecional más o menos vinculada a la ley y a la Constitución– pues las estipulaciones que son señaladas unilateralmente por la unidad que selecciona a los contratistas, también están su-peditadas a la Ley, o a la Constitución en condiciones de igualdad formal ante el bloque de la legalidad. No obstante, hay un cierto sector de la doctrina que afirma lo contrario, al decir que es un error concebir a la relación contractual administración-contratista, como una relación entre desiguales, es decir, como una relación de imperio<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ídem*, p. 39.

<sup>40</sup> Ghersi, Oscar, “Autovinculación y potestades públicas en los contratos estatales” *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 1, 2013, p. 193. Atrévimosnos a visualizar mejor la posición del Catedrático, valdría la pena tomar en consideración las ideas del español SÁNCHEZ DE LA TORRE (1965) en “Aspectos del saber jurídico” en *Revista de Derecho Español y Americano*, N° 9, p. 50, cuando menciona “*Bien que no sea ocioso precisar aquí que entendemos el Derecho como una Situación Jurídica, en el sentido de que, aunque en el pensamiento clásico se viene estudiando al Derecho como una relación jurídica dentro de la cual hay una obligación y un derecho subjetivo, ha llevado a idear el concepto de situación jurídica dentro de las cuales las posibilidades individuales, no consisten simplemente en obligación, y en derecho subjetivo, sino en posibilidades de conducta más ampliamente descritas como situaciones jurídicas: Activas-Facultad-Derecho Subjetivo-Potestad; o ya pasivas: Gravamen, Obligación, Sujeción*”. Suena muy atractiva la postura del catedrático, mucho más garantista para el administrado-contratista, desafortunadamente, es muy ampliativa. La intención no es mala en nuestra humilde opinión, pero fue muy extendida. Los términos de la relación jurídica contractual de carácter administrativo, son ya delineadas en las Condiciones de Contratación, y tienen un carácter vinculante al momento de la formación de la voluntad contractual, como al momento de su posterior ejecución. Incluso, al momento de invocar su resolución. Mal puede, luego, el Estado modificar las condiciones contractuales acordadas previamente entre ambas partes, pues, más que, el mero hecho de contravenir un “acuerdo de voluntades” entre “dos partes perfectamente iguales en derechos” en un Estado de Derecho, está contraviniéndose la legalidad administrativa como técnica atributiva de competencia, ya que el “acuerdo contractual” se convierte en legalidad administrativa también. *Cfr.* Cosculluela, Luís et al. *Derecho Público Económico*. IUSTEL. Madrid,

Ahora, el hecho de mencionar que el contrato administrativo está regido por el principio de autonomía de las partes implica aseverar la privatización del contrato público, así como, desconocer resplandecientemente la auténtica naturaleza de todas las condiciones de contratación contenidas en el Pliego, cuando éstas últimas figuran, como el vital contenido nuclear, esencial y fundamental de los derechos y obligaciones contractuales de los operadores económicos dentro del procedimiento de contratación. Resumimos simplistamente el problema con una incógnita: ¿Cómo emplear el principio dispositivo a un contrato público, cuando el sujeto interviniente principal es el Estado, como autor intelectual único del contrato, y además fija unilateralmente quien va a ser su contraparte?

Los términos del contrato administrativo existen con anterioridad al nacimiento del procedimiento de selección, pues este acto estatal representa la necesidad que debe colmarse por el Estado recurriendo de modo irremediable a la colaboración del sector privado para cumplir con sus fines, pues el procedimiento de selección de contratistas cumple con la mera función de decretar la contraparte del departamento ministerial, del órgano o del ente público en el mismo.

Existen dos clases de normas dentro del mundo de las contrataciones públicas. Primero, las disposiciones financieras y planificadoras, las cuales canalizan la colaboración indispensable del sector privado para la construcción de la obra, determinando el formato, precio, materiales, criterios técnicos, plan, en fin. Luego, las normas administrativas, que son muchísimo más de carácter procedimental, a diferencia de las normas anteriores que tienen un total corte sustantivo, y que permiten una racionalizada selección del contratista para la obra concedida. Como es obvio, los dos aspectos del derecho especial de las contrataciones están regulados por el derecho administrativo, aunque situados en categorías doctrinales diferentes.

El fenómeno de las contrataciones públicas, entonces, no tiene absolutamente nada que ver con el derecho privado. Carece de sentido

---

2011, p. 175. De ahí, la poca importancia de la expresitud o implicitud de las potestades contractuales sucesivas del Estado, puesto que implica transgredir algo más que la simple igualdad jurídica, como el supra-principio jurídico del Derecho, en general, de la vinculatoriedad de las estipulaciones contractuales entre las partes. Cualquier acto, legislativo (Ley de Contrataciones Públicas) o acto jurídico modificador de las condiciones contractuales entre el órgano-ente público-administrado peca de inconstitucionalidad. Como bien indica el primer autor citado en la página 200, las potestades administrativas no son absolutas. La potestad estatal de contratar mucho menos entonces, pues ésta se vincula así misma con su contraparte y modula de manera continua los derechos/obligaciones de ambas partes. Lo importante en todo esto radica en la constitucionalidad del derecho objetivo de la contratación. Surgiendo así, la siguiente pregunta ¿Pueden ser recurridas las condiciones de contratación emanadas de la Comisión Contratante?

decir que el procedimiento para la selección de un contratista y la firma de un contrato público que se despliega con el derecho administrativo, y que se despliega con el derecho administrativo, y que acaba con el derecho administrativo, y que entonces, finalmente, cuando buscan realizar físicamente el contenido de contrato, éste acaba privatizándose debido a la dinámica obligacional del contrato público.

En términos conclusivos del catedrático español VILLAR: los actos coligados y el contrato administrativo conforman una unidad homogénea, en tanto que se hallan vinculados por una relación de carácter ontológico: la validez de los actos consecuentes depende de los actos antecedentes, y la eficacia de todos estos, de la completa existencia de aquéllos<sup>41</sup>. Así, toda la voluntad administrativa contractual tiene un proceso de formación, y otro de manifestación, cabalmente diferenciados<sup>42</sup>.

Sin embargo, las tres fases, la fase de formación sustantiva (condiciones de contratación), de la formación de la voluntad unilateral (acto administrativo previo) y de la formación de la voluntad multilateral (contrato), conforman indiscutiblemente, un bloque unitario, inclusive a niveles jurídico-interpretativos finales. Si el contenido del contrato es formulado siguiendo las condiciones de contratación, entonces no hallamos sensato considerar el posible contenido privatista del contrato administrativo firmado entre las partes, tras la consumación del procedimiento de selección de contratistas realizado por quien selecciona al operador económico ganador. Si este procedimiento nace siendo Derecho Administrativo, entonces acabará siendo Derecho Administrativo. De tal modo que no se concibe la potencial mutabilidad, si es que puede decirse, del procedimiento, ni mucho menos sobrevenida, del contenido del contrato.

Con lo cual, queda demostrado, además, que si no existe un acto administrativo formal definitivo, no puede existir un contrato administrativo, pues no es permitida la firma de un contrato público por un órgano o ente público si no fueron identificados legítimamente, los operadores económicos que van a ejecutar sus obligaciones contractuales. Ello no significaría una modalidad procedimental concursal, sino una modalidad procedimental totalmente distinta como la adjudicación directa. Y aquéllos contratos administrativos, que debieren ser firmados siguiendo las conducciones procedimentales del concurso abierto y cerrado, y fueren firmados de manera irregular, sin un concurso, o sin un acto definitivo, como una adjudicación directa, la legislación, los considerará nulos de pleno derecho, suspendiéndoles su contenido

---

<sup>41</sup> Villar, José Luis, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *RAP N° 3*, 1950, pp. 53-129.

<sup>42</sup> Rivero Ysern, cit., p. 53.

regulador, conforme con el artículo 98.1 LCP. La nulidad del acto ejecutivo de la Comisión lía la nulidad del contrato.

En este sentido, un acto administrativo previo y definitivo que selecciona al contratista ordena contratar sin establecer el operador económico ganador, conseguiría que encuadrare dentro del ordinal 3 del artículo 19 de la LOPA, debiendo considerarse el acto como nulo. Todo acto calificador positivo debe indicar la contraparte del Estado. Incluso, para ir más allá, si un contrato administrativo, a los efectos de la Ley de Contrataciones Públicas, cambia el objeto contractual descrito en el pliego, puede, por muy extraño que parezca la imputación de un vicio invalidatorio de un acto a un contrato, considerársele como desviación de poder. Y surge la pregunta ¿qué hacer en el presente caso? ¿Puede considerarse eso desviación de poder contractual? Esto es, utilizar la técnica contractual con un fin diferente al previsto en la legislación. Sería interesante tomar en consideración la anterior aseveración para los contratos de recursos humanos, al buscar conceder un estatus de funcionario a un contratado por la vía de la renovación constante de un contrato por servicios especializados según los artículos 38, 39 y 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>43</sup>.

De hecho, BADELL MADRID explica con relación a la nulidad del acto: En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la Administración, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de los elementos necesarios para su validez:

...siendo que en éstas mismas reglas, se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos, y habida cuenta, de que el contrato genera derechos subjetivos para el co-contratante, es preciso concluir que su ilegalidad sólo puede emitirse en sede administrativa, cuando el vicio invalidatorio de la voluntad contractual sea de nulidad absoluta<sup>44</sup>.

De ahí, que se pueda afirmar que la teoría de los actos coligados se halla normativizada por una interpretación en sentido contrario en el artículo 98 LCP con la teoría de las nulidades de los contratos

<sup>43</sup> Con el presente punto, aparece la teoría de los actos separables y el contencioso administrativo de anulación. La extinta SPA-CSJ expresa con las sentencias Karl Wulff Austin, Expresos Ayacucho S.A., y Marshall y Asociados C.A., de fecha 26-06-1990, 11-04-1991, y 26-04-1995, respectivamente, la posibilidad de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares que pueden ser impugnados ante la justicia administrativa, y que de una u otra forma tienen relación con los contratos administrativos. Briceño, G. *Manual de Derecho Administrativo Especial*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2013, pp. 299 y ss. No obstante, habría que meditar acerca de la posibilidad latente de exigir la nulidad objetiva del contrato administrativo por apartarse del sistema jurídico, o incluso, de lo dispuesto en el acto.

<sup>44</sup> Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001, p. 131.

administrativos, pues el mismo sistema de las contrataciones obliga conforme los principios de la exclusividad e imperatividad procedimental de Brewer-Carías, e indicado en la obra *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*<sup>45</sup>: (obligación de ejercitar la potestad administrativa por la verificación del supuesto fáctico indicado en la legislación especial), a eliminar cualquier posible discrecionalidad del órgano o ente eligiendo un cauce cualquiera para la sustanciación de la información suministrada por los operadores económicos según la noción jurídica de un debido concurso, que no vulnere, sino que respete, garantice y asegure, los derechos subjetivos dentro del procedimiento. Lo contrario podría violar el régimen mismo del procedimiento.

De igual modo, el principio jurídico de interdicción de la arbitrariedad de la Comisión Contratante para la selección de los contratistas permanece plasmado con el mencionado artículo 121 LCP. Por tanto, el procedimiento de selección de contratistas no solo comienza con la mera emisión de las condiciones de contratación de la Comisión de Contrataciones –órgano *ad hoc* de las contrataciones públicas– sino con la constitución de la referida Comisión Contratante en sí, y el acatamiento de los canales procedimentales diseñados para tales efectos.

De hecho, BREWER-CARÍAS sostiene, que es un principio unánimemente admitido el que todos los contratos celebrados por la Administración Pública, incluso aquéllos que por su esencia excluyen la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo (en nuestra opinión, ya no existen éste tipo de contratos públicos) obligan a observar como mínimo, básicamente, las normas administrativas sobre competencia y procedimiento<sup>46</sup>. A éste fenómeno, se le llama *iter contractus*, que justamente busca determinar cómo el procedimiento administrativo y el contrato se vinculan como elementos estructurales de un sistema, es decir, un conjunto armónico, que así debe ser interpretado, tanto como objeto de conocimiento técnico, cuanto como vía de solución de los conflictos que pueden presentarse en la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, el Derecho de las contrataciones públicas no toma en cuenta solamente sus manifestaciones externas de voluntad, sino que penetra a través de éstas, interesándose también por las distintas fases previas, que contribuyen a su formación y exteriorización<sup>47</sup>. De ahí, que se tome al procedimiento como a un todo integral, enlazado desde la constitución de la Comisión Contratante, hasta la firma del contrato,

---

<sup>45</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, *Los principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Editorial Legis. Bogotá, 2003, p. 19.

<sup>46</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, "Evolución del concepto de contrato administrativo", en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*. Curso Internacional. Bogotá, 1978.

<sup>47</sup> Fernández, Tomás Ramón, *La nulidad de los actos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1979, p. 103.

incluso con la constatación en el cumplimiento del objeto contractual con una inspección.

En efecto, para HERRERA el artículo 98 LC encarna un debido procedimiento administrativo, en el que se respeten y garanticen todos los derechos de los particulares interesados, de un lado, y de motivar, ajustándose a los estándares del Estado Constitucional, el acto por el cual se declare la nulidad del contrato<sup>48</sup>, porque todo poder está sometido al respeto de un procedimiento por el hecho de su atribución legal, pues hay un procedimiento para cada poder, y un poder para cada procedimiento<sup>49</sup>. En efecto, la potestad administrativa contractual por el hecho de ser conocida o adjudicada a la Administración Pública, no se hace de inmediato operativa, sino que se mantiene al solo nivel de “posibilidad de actuación lícita”. Para que tal potestad se materialice, es decir, se convierta en acto, es necesario: que se determine normativamente la medida de la competencia, la cual se ejercerá cuando concurren las circunstancias previstas por el ordenamiento jurídico-administrativo; y que tales circunstancias surjan en forma de hechos o actos jurídicos de la propia Administración Pública, o del particular, y sirvan de factor de “puesta en marcha” del procedimiento administrativo encaminado a concluir el respectivo acto jurídico.

Es así, como se integra el procedimiento administrativo en la cadena conceptual de la estructura de los contratos de la Administración Pública. Pues bien, teniendo esto presente, puede afirmarse, siguiendo esta postura doctrinal, que el procedimiento administrativo sería, en definitiva *“la historia de la transformación del poder en acto, historia determinada por toda la serie de actos necesarios para que el poder se manifieste en una realización concreta”*<sup>50</sup>.

### III. La función de la construcción en la formulación de nuevos conceptos

Lo que se quiere destacar característicamente, es que los actos administrativos de la llamada actividad administrativa de derecho privado, o contractual, como acontece con las actividades administrativas restantes, aluden al concepto de acto jurídico, esto es, cualquier decisión o resolución administrativa, de carácter regulador, y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad

<sup>48</sup> Herrera Orellana, Luis Alfonso, “Teoría de las Nulidades en la Ley de Contrataciones Públicas” en *Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 68.

<sup>49</sup> Goy, René, “La Notion de Detournement de Procédure”, en *Recueil d'études en Hommage a Charles Eisermann*. París, 1980, p. 321.

<sup>50</sup> Benvenuto, Feliciano, “Funzione amministrativa, procedimento, processo” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milán, 1952.

administrativa distinta de la reglamentaria<sup>51</sup>. O como explica el autor español GARCÍA TREVIJANO-FOS: los actos jurídicos deben dirigirse indispensablemente a la producción, a la fundación, o al establecimiento de una consecuencia jurídica<sup>52</sup>; una obvia secuela, que radicará en la fundación, en la modificación, o en la extinción de una situación jurídica, de un derecho, o de un deber, o de un conjunto de ambos elementos en su declaración vinculante como indicaría en su fecha el autor español GALLEGO; o también, en cuanto reconoce la existencia de los actos administrativos reales para la determinación de la condición de una determinada cosa, o documento.

Y no se conoce, con puntualidad, en qué se fundamenta ese carácter jurídico-vinculante del “acto administrativo de derecho privado,” “o contractual,” si es que podemos utilizar esas locuciones jurídicas con la mencionada actividad administrativa, porque ello puede prestarse a confusiones con otras nociones jurídicas como el acto administrativo de origen privado: una noción completamente distinta de la anterior; o si sencillamente, que el contenido regulador del acto administrativo de la Comisión de Contrataciones, es un contrato. Pero es que la nomenclatura mencionada con ese acuñamiento, permite la posible formulación de tal tipología de acto administrativo formal conforme a ese posible contenido natural. Y ese contenido que desconocemos a pedazos, debemos decretarlo con suma precisión, a través de otra nomenclatura mucho más cónsona con su contenido real, o aparente, como es la noción de acto administrativo calificador, pues como ya fue indicado con anterioridad, la resolución del contratante contiene una orden de querer contratar, sólo con quien cumple con los requisitos previstos en las condiciones de contratación. Quién, y cómo se verifica el respeto de los requisitos requeridos, ese es el meollo del asunto.

Entonces, debe determinarse con exactitud esa idea ordenadora, esa teoría, ese principio, o ese pensamiento sistematizador<sup>53</sup> dentro del mundo de las contrataciones públicas, mediante la inducción de una teoría bastante general, que a partir de las particularidades que presenta el sector administrativo de las contrataciones públicas, reconduzca cada una de los pedazos y de las soluciones singulares existentes, hacía unos principios generales del derecho; entendidos ambos, como unos procesos de interacción recíprocos del derecho, glosando completamente a SCHMIDT-ASSMANN con la idea esencial del presente ensayo.

---

<sup>51</sup> Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*. Ediciones Civitas. Madrid, 2004, p. 31.

<sup>52</sup> García Trevijano-Fos, Enrique, *Los actos administrativos*. Editorial Thomson Civitas. 2º ed. Madrid, 1986, p. 59.

<sup>53</sup> Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema objeto y fundamentación de la construcción sistemática*. INAP. Madrid, 1997, p. 2.

Desde un notable punto de vista metodológico, tal idea ordenadora, teoría, principio, o pensamiento sistematizador, tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o un postulado sistemático, que conjuntamente con la noción de sistema, como expresiones características de la ciencia del derecho en la consecución de la justicia, buscan su materialización conforme con el fundamental basamento principista de la igualdad. Todo esto encuadrado dentro de los estudios de FRIEDRICH FRANZ VON MAYER con su: *Grundsätze der Verwaltungsgrecht* publicada en 1862, que fue estudiada por SCHMIDT-ASSMANN.

La referencia a tal contenido regulador, a la declaración vinculante, o al estado intelectual implica toda la operación lógico-intelectual efectuada racionalmente por el órgano o ente público declarado competente para determinar ese derecho aplicable en la situación concreta. Y ello, instituye un antropomorfismo vital para una disciplina científica como el Derecho administrativo, y que debe ineludiblemente determinarse con relación al mundo de las contrataciones públicas, pues debe construirse una dogmática para la susodicha instituta pública conforme a los lineamientos del método constructivo de la dogmática alemana del Derecho, pero dirigida ésta a la construcción de instituciones y relaciones jurídico-administrativas con el tecnicismo jurídico modelado según los esquemas técnicos de la Pandectística. No tanto en relación con el contrato público, el cual representa una concepción atomística del fenómeno de la contratación, sino de la totalidad de los medios de derecho público que fueron cabalmente procedimentalizados, pues la ordenación, no es sólo contractualmente sustantiva, sino también, es en esencia contractualmente adjetiva. La ordenación jurídica persigue seleccionar de manera justa a un contratista idóneo. La construcción ya insinuada entonces, no implica sólo una parte del fenómeno sistematizado, sino de la integridad de sus unidades configurativas dentro de su régimen jurídico ante los tecnicismos que fueron modelados normativamente.

Concíbase por construcción según ORLANDO como el término más comúnmente empleado por los juristas para indicar la operación lógica característica de la Ciencia del Derecho (diferente de la interpretación de las leyes), que consiste en definir a un hecho, a un acto, a una relación, a una institución, con la finalidad de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos<sup>54</sup>. El método de construcción dogmática del Derecho se denomina método jurídico. Y su mayor ventaja consiste en permitir que se eliminen del Derecho Administrativo muchas materias no jurídicas que, por un grave descuido, han sido mezcladas con las nociones jurídicas, pues durante todo un siglo fue considerada el Derecho

---

<sup>54</sup> Orlando, Vitor Emmanuel, *Principios de Derecho Administrativo*. INAP. Madrid, 1978, p. X.

Administrativo –luego volvió a serlo– como una ciencia política subordinada a la conveniencias, a las oportunidades del Gobierno. Es hora de reaccionar contra esta concepción y de reivindicar su carácter estrictamente jurídico<sup>55</sup>.

La construcción aparece como una operación lógica realizada por el estudioso del Derecho después de formular un variado grupo de argumentos explicativos de corte técnico, sensatamente indicados, ordenados y jerarquizados según criterios sustantivos, a los fines de sintetizarlos, o esquematizarlos, mediante juicios categóricos de carácter afirmativo o negativo, que acabarán siendo reunidos en una congregación terminológica denominada: el concepto.

En otras palabras, el jurisconsulto como estudioso del derecho subsume un hecho fijo: por ejemplo, la calificación, en una determinada categoría jurídica con la finalidad de atribuirle una delimitada valoración normativa. Y así, disipar dudas, lagunas conceptuales, ordenando “el acto” o, “a ese conjunto de actos jurídicos” dentro del sistema conceptual ramificado del Derecho Administrativo venezolano, conforme ya aparece recogido legalmente con los verbos indicativos de la competencia como proceder: calificar, o descalificar, mencionados en los artículos 89 al 95 LCP<sup>56</sup> o con el reglamento<sup>57</sup> en los artículos 16.8, 16.12, 16.24, 66, 67, 68, 69, 84, 87.4, 87 Parágrafo Único, 100, 105, 106 y 108, especialmente con el artículo 100, que con su contenido, ofrece una visión de conjunto, o sistemática para el término *calificar* dentro del bloque normativo de las contrataciones públicas, nunca antes visto en normativas de la materia anteriores. Especialmente, cuando el artículo 6 define la calificación como el resultado de un examen de la capacidad legal, técnica y financiera de un participante para cumplir con las obligaciones derivadas de un contrato público. Teniendo entonces un carácter interpretativo imperativo sobre el resto del articulado.

Para SCHMIDT-ASSMANN, la función dogmática de la Ciencia del Derecho consiste en resolver, y decidir argumentalmente, y de un modo sumamente coherente, por referencia, o por relación con un determinado sistema, las concretas y singulares cuestiones suscitadas, mientras las normas de Derecho Administrativo terminan siendo aplicadas a la realidad del caso concreto para los administrados<sup>58</sup>. Así, con el servicio de los conceptos e instituciones del Derecho Constitucional y del Derecho

<sup>55</sup> Caetano, Marcello, *O Problema do Método no Direito Administrativo Português*. Editorial Empresa Nacional de Publicidade. Lisboa, 1948. Cabe decir, que según el presente autor, Otto Von Mayer, George Jellinek y Vitor Emmanuelle Orlando como Miembros de la Escuela de Derecho Público: alemán e italiana, coinciden en la anterior afirmación cuando mencionan, la necesidad de eliminar de las relaciones jurídico-administrativas, los términos políticos, económicos y sociológicos.

<sup>56</sup> Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinaria del 19-11-2014.

<sup>57</sup> Gaceta Oficial N° 39.181 del 19-05-2009.

<sup>58</sup> Schmidt-Assmann, Eberhard, *cit.*, p. 5.

Administrativo General, nosotros conseguimos interpretar el bloque normativo, concerniente a ésta parte especial del derecho administrativo. Igualmente pudiera sobrevenir a la inversa dice él: todos los conceptos y las categorías de la Teoría General del Derecho Administrativo habrán de someterse a una constante exploración, a los efectos de la continua evolución que las demás áreas especiales del derecho administrativo experimentan<sup>59</sup>.

Además, como diría lúcidamente ORLANDO, la dogmática y la sistematización jurídica son dos cosas totalmente diferentes, aunque éstos se encuentren emparentados, ellos no son similares. En uno radica la sustancia, en el otro radica el procedimiento. Lo dogmático es el pensamiento que tiene por objeto la doctrina, o los axiomas deducidos, o desarrollados normativamente, mientras que, la sistematización jurídica se refiere a la cualidad singular del pensamiento dogmático, que consiste en querer demostrar con relación a los grandes sectores normativos, todas sus semejanzas, sus compatibilidades e incompatibilidades con las restantes nociones e instituciones, sus relaciones e interacciones, su fundamento y estructura. Con todo, el pensamiento sistemático de la Ciencia del Derecho no puede estar atado a una escala de valores inmodificable, ni tampoco puede convertirse en un pensamiento de carácter estático, que no soporta modificaciones sobrevenidas conforme los hechos sociales que varían el contenido de la institución estudiada.

En igual sentido, GALLEGO ANABITARTE sostiene que, la Ciencia del Derecho tiene un doble carácter: por una parte, es un pensar dogmático; por otra parte, es un pensar investigador. El pensar dogmático *“es aquél que tiene como fin el pensar hasta el final de una opinión dotada de autoridad”*<sup>60</sup>. El pensar jurídico-dogmático tiene que mover y mantenerse dentro del cuadro dado, desarrollando en él serie de distinciones, relaciones con otros puntos, clasificaciones, etc., proceso intelectual éste, lleno de dificultad y que tanto molesta al lego<sup>61</sup>.

Por el contrario, las afirmaciones, las respectivas teorías elaboradas con relación a la instituciones estudiadas se encuentran condicionadas a lo inicialmente mencionado, pues de ellas dependen del progreso del conocimiento y de la pervivencia de los presupuestos lógicos, o de los postulados diseñados para servir de pedestal a la dinámica del concepto con relación a su aplicación a los administrados. De este modo, la

<sup>59</sup> A éste último punto también se apunta Antonio Troncoso Reigada, “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año N° 19. N° 57. 1999, p. 87.

<sup>60</sup> Cfr. Gallego Anabitarte, Alfredo, “La discusión sobre el método en el derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Administración Pública Española*, N° 46, 1996, pp. 11-37.

<sup>61</sup> Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*. Berlin, 1960, p. 236. De igual forma, Rothacker, Erich, *Die Dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*. Akd. D. Wiss. Und. D. Literatur. Mainz, 1954.

dogmática supone la implementación de las herramientas desarrolladas por el sistema general, concretamente también del administrativo, para solucionar los casos, y además construir conceptos que se requieran, o para sistematizar *institutas* condensadas en los textos normativos, o para corregir, o a lo sumo superar su vigencia, así como revisar la exactitud de los conceptos formulados en determinados momentos históricos ante las exigencias de los nuevos periodos históricos, cosa que no corresponde únicamente a los catedráticos, sino también a la justicia constitucional, y administrativa en Venezuela.

Así, cuando se habla, por ejemplo, de que nuestro Derecho Administrativo, en este caso, el Derecho Administrativo de las Contrataciones Públicas, ha de construirse de acuerdo con la construcción de conceptos, o según algunos otros autores: el método jurídico, se está aludiendo claramente a la primera de las citadas finalidades, es decir, al método de elaboración científica<sup>62</sup>, en el presente caso de un preciso bloque normativo específico: la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

La idea primordial del presente punto, descansaría en que si resultare posible reconstruir sistemáticamente todo el Derecho de las contrataciones públicas, se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar sus contradicciones, o la desintegración que en la evolución de éste específico sector del derecho administrativo terminó siendo envuelto con lo muy imprecisa de su denominación, pues no se entiende como ésta teniendo una teorización casi perfectamente perfilada de la potestad administrativa, no es modificado el apelativo de la categoría jurídica.

La construcción conceptual de calificaciones como el acto jurídico unilateral, permitiría remediar toda esta contradicción entre el ordenamiento jurídico y la realidad existente con relación a un determinado acto, o un conjunto concatenado de actos jurídicos unilaterales. La utilidad práctica de la construcción radica no solo en su acomodamiento a los hechos, sino en su beneficio práctico, por cuanto ésta facilita la aplicación de la norma, simplificando la explicación y el total manejo de las normas al imprimirles una coherencia intensamente racional, que satisfaga las exigencias lógicas de la comprensión, y contribuya además a la agudeza de las instituciones según fueron cristalizadas en los instrumentos normativos. Además, la construcción conceptual contribuye significativamente con la falsación de antiguos dogmas jurídicos que eran considerados dentro de determinados momentos históricos como cónsonos con la idea del derecho vigente de esa determinada época histórica.

---

<sup>62</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando, "La Administración Pública y el método jurídico" en *Revista Española de Administración Pública*. N° 35. 1961, pp. 45-74.

De este modo, la ciencia jurídica vería a través del Derecho Administrativo con la falsación jurídica, o la formulación de nuevas teorías jurídicas, aportando una mayor transparencia en beneficio de la actividad administrativa estatal, suscitando entonces una mayor confianza, así como una mayor credibilidad y aceptación por parte de la Administración entre los administrados, que reformula las teorías jurídicas que devienen precisamente de las nuevas regulaciones normativas, e incluso de todos los dictámenes jurídicos emitidos por la Procuraduría General de la República o las oficinas de consultoría jurídica, de conformidad con el artículo 11 LOPA.

De esa manera, y en resumen, la construcción jurídica constituye la premisa básica de la Ciencia del Derecho. Es decir, del derecho positivo de un determinado país, pues mediante un proceso de abstracción, construcción y generalización, se deducen los principios jurídicos informadores de aquellas normas. Reconstruir los institutos en que se unen aquellos principios, coordinar los institutos en un sistema, he aquí la tarea del jurista, según ORLANDO<sup>63</sup>, pues según éste importante autor Italiano, la necesaria reconstrucción del derecho público está sometido a un sometimiento riguroso de todos los conceptos dogmáticos fundamentales cristalizados en todas las nuevas regulaciones legislativas en la construcción de un sistema científico con cada una de las figuras centrales de las disciplinas, esto es, con cada una de sus institutas y de sus ideas esenciales dentro del sistema jurídico en cuestión. Como acontece actualmente, con el bloque normativo de las contrataciones públicas, que terminó siendo de alguna forma, en nuestra opinión, redimensionado con nuevas afirmaciones lógicas, categóricas, ligadas a la operatividad de las nociones recogidas.

## Conclusiones

Se halla particularmente preocupante que no se sistematicen adecuadamente los contenidos de la actividad administrativa estatal obedeciendo a criterios lógico-científicos, con sus respectivas técnicas jurídicas concretizantes frente a la esfera jurídica-subjetiva de los administrativos. Ello contribuiría notablemente al entendimiento de nuestra disciplina jurídica, lo que es el deber ser de los administrativistas en cualquier país. Entonces, el Derecho Administrativo no puede quedarse como un mausoleo, una estatua o un panteón que recoge símbolos, sino como un medio operativo para regular la compleja dimensión del Estado. Ante esta natural evidencia, su conformación debe ser la que corresponde al régimen orientador del orden jurídico, pero al mismo tiempo, ha de estar dotada de la flexibilidad necesaria que permita su

---

<sup>63</sup> Cfr. Orlando, Vítor Emmanuel, *Introducción a la Traducción Italiana de la Obra de Jellinek: Dotrina Generale Dello Stato*, Milano; 1921.

actualización para impedir que se constituya en un obstáculo al cambio social.

El Derecho en general, y por vía de consecuencia, el Administrativo, no evoluciona de una forma milimétricamente racional según un diseño planificado. El Estado, y la Administración también, es producto de los acontecimientos históricos que marcan la pauta en los asuntos políticos, económicos, sociales, culturales que le son en esencia. Éste debe ser un reflejo de los diferentes tipos de relaciones que surgen de los actores en una sociedad.

Cuando se enmarca la dinámica de las relaciones administrativas a través de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 6, constitucionales, que se supone, son la normas que componen el ADN del Estado venezolano en cualquiera de sus formas –una forma biológica de ver la tesis alemana de Otto BACHOFF de las Endonormas Constitucionales que sirven de parámetro interpretativo para las restantes normas del texto constitucional, e incluso de las normas infraconstitucionales– surge inmediatamente la necesidad de decantar, mediante el método deductivo, las especificidades de la relación administrativa estatal con la totalidad de los administrados, a través del ejercicio individualizado de cada potestad administrativa que es instituida constitucional y legalmente para cumplir con fines que les son propios.

La actividad administrativa de Derecho Privado como potestad implica una rareza. De hecho, la mera alusión de la misma como una potestad, ya supone una extravagancia. Y de igual manera acontece, con la actividad administrativa contractual, pero a niveles muchos menores. La última categoría jurídica es mucho más específica y entendible. No obstante, no es suficiente para entender con suma exactitud el alcance de dicha noción del mundo de las contrataciones públicas. Pudiere decirse que el presente estudio representa una complementación de la teoría de los actos coligados. Es difícil precisarlo con certeza, y especialmente con exactitud. Éste tipo de publicaciones, es en mi humilde opinión difícil de medir. No se sabe hasta dónde pueden llegar las secuelas del estudio. Lo que sí es seguro, es que el mundo del Derecho, esencialmente de la legislación administrativa, debe ser reinterpretado una y otra vez desde los diferentes ángulos para comprender su total dimensión.

Esta investigación aspira desmenuzar un poco más el mundo de las contrataciones, pero en un sentido más potestativo, que el meramente procedimental, o de interpretación sustancial del binomio jurídico-funcional: acto administrativo-contrato. Muchos de los términos jurídicos del Derecho Administrativo se cuidan mucho hoy en día, pero con sus respectivas matizaciones. Los alemanes contribuyeron mucho al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, pero muchas de esas posturas doctrinales, tenían que ser matizadas a la luz del Estado de

Derecho, y por supuesto, lo fueron. ARAUJO lo explica muy bien en su obra *Concepto y Contenido de Derecho Administrativo*.

En este sentido, es importante estudiar desde un enfoque completamente diferente a la actividad administrativa contractual, y por supuesto, estudiar de nuevo a la actividad de derecho privado del Estado ante esos los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. De hecho, se pueden mencionar otras rarezas en el mundo del Derecho Administrativo venezolano con los famosos “actos administrativos cuasijurisdiccionales” que afortunadamente han pasado a considerarse como actos administrativos arbitrales enmarcados en la potestad de la limitación administrativa de un Estado, esto es, dentro de la muy mal denominada policía administrativa. Hasta tal punto, que el mismo PEÑA, abandonó esa anodina terminología en su Manual, cuando explica que:

...en la tendencia que se observa actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano a conferirle arbitral a la Administración, tal vez siguiendo modelos extranjeros, sin detenerse a reflexionar sobre la compatibilidad de esas normas con los correspondientes preceptos constitucionales contenidos en los artículos 26, 137 y 253, de los cuales es posible hilvanar una tesis que postule el monopolio del Poder Judicial sobre las controversias que se susciten entre los privados, en virtud de que dichos preceptos consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, respectivamente<sup>64</sup>.

Ahora bien, para acabar, el hecho de que, sea el Derecho Administrativo, el ordenamiento común de la Administración Pública, el hecho de que la Administración actúe, por lo general, sometido a su Derecho propio, no quiere decir que estemos en presencia de un Derecho Común, dentro del ordenamiento, sino de uno de los Derechos Especiales que éste tiene. Ello tiene particular importancia en el orden metodológico del Derecho Administrativo: si los cultores, si los cultivadores del Derecho Administrativo, no debemos ser esclavos de los conceptos, de los tecnicismos fabricados, modelados por otras tantas disciplinas jurídicas, tampoco podemos ignorar por completo las conquistas por ellas logradas. De allí que se haya afirmado que aun cuando la obra crítica actual, acabara por emancipar completamente al Derecho Administrativo. Todavía queda mucho por hacer. Y mientras todo esto ocurra, se sustentarán sus raíces con la sabia de la dogmática y el derecho civil, recibiendo de él, aspiraciones y enseñanza.<sup>65</sup> ■

<sup>64</sup> Peña Solís, José, cit., p. 230.

<sup>65</sup> García, Carlos, “Hacia la emancipación del Derecho Administrativo”, *RGLJ*. 1961, p. 156.