

Actividad administrativa de derecho privado y actividad administrativa contractual. ¿Vale la pena mantener esas categorías?

Jean-Denis ROSALES GUTIÉRREZ*

REDAV, N° 28, 2024, PP. 25-65

Resumen: La investigación revisa las formas de la actividad administrativa de derecho privado y contractual de Venezuela, pues ambas formas no cuentan con un robustecimiento lógico suficientemente congruente con los principios epistemológicos. Se busca falsear los dos contenidos de actividad administrativa, y formular entonces, un nuevo contenido de la actividad administrativa, que guarde consonancia lógica con el verdadero bloque normativo al cual pertenece.

Palabras clave: Contrato administrativo – Actividad administrativa – Acto administrativo

Abstract: *The investigation reviews the forms of administrative activity of private law and contractual law in Venezuela since the two forms do not have a logical strengthening sufficiently congruent with the epistemological principles. The aim is to falsify the two contents of administrative activity and then formulate a new content of administrative activity that is logically consistent with the true regulatory block to which it belongs.*

Keywords: *Administrative contract – Administrative activity – Executive act*

Recibido

26-07-2024

Aceptado

07-10-2024

Introducción

La Historia del Derecho investiga los ordenamientos jurídicos del pasado. Y puede hacer esto, estableciendo un corte transversal en una determinada época y presentando el derecho vigente en ese punto. Por ejemplo, en tiempos del Derecho Romano clásico, o en tiempos del Imperio de Napoleón, o en tiempos del Imperio Alemán, etc. Puede hacer esto también eligiendo un período largo, es decir, exponiendo el desarrollo de todo un sistema jurídico o de cada uno de los institutos o instituciones. En este último caso, frecuentemente, se suele proceder de

* Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA) Mención *Cum Laude*. Especialista en Derecho Tributario (ENAHF). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). Profesor Agregado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo I y II (ULA). Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Coordinador del Grupo Investigativo Robert Von Möhl. Orcid: 0000/0003-1744. Investigación Financiada por CDCHTA-ULA con Código D-490-1709-B.

manera que se parte del presente hacia atrás, exponiendo el desarrollo histórico de una institución determinada existente en el derecho vigente. Con todo esto, la Historia del Derecho es una parte de la Historia de la Cultura, así como de la Historia del Arte, de la Historia de la Economía, o de la Historia de la Religión.

Por el contrario, la dogmática jurídica es la ciencia de un Derecho positivo vigente. Ésta investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto, que todo sistema jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia¹.

De acuerdo con su fin, la dogmática jurídica prepara la aplicación de las normas y su respectiva teoría en el campo científico. Además, sirve para la presentación del derecho positivo en el proceso de la enseñanza-aprendizaje pedagógico en las respectivas aulas de clases. En fin, por su finalidad preferentemente práctica, puede calificarse de ciencia del espíritu aplicada. El nombre de dogmática jurídica (*rechtsdogmatik*) corresponde ante todo a una determinada concepción del Derecho que se desplegó particularmente en la Alemania del siglo XIX, es decir, con la llamada dialéctica jurídica o, jurisprudencia de conceptos.

La importancia de la lógica para la importante jurisprudencia de conceptos es todo, puesto que representa la claridad en los términos jurídicos, e intenta evitar la vaguedad y las ambigüedades en el lenguaje jurídico², esto lo consiguió con la aplicación de un método estricto como el matemático en el razonamiento jurídico. Al momento de aplicar las leyes el juzgador tenía que limitarse a realizar una ecuación, y con ello se favorecía la seguridad jurídica y se eliminaba el problema de las diversas interpretaciones que podrían surgir al aplicar la ley, de ahí la destacada técnica desarrollada en Alemania en su codificación civil.

Es tan importante, el punto de la dogmática jurídica, y con ello, su formulación en el siglo XIX para el nacimiento pleno del Derecho como ciencia, que las características de la jurisprudencia de conceptos son tratadas por diversos autores como parte de la metodología que da nacimiento a la incipiente ciencia jurídica³, nosotros consideramos tras

¹ Coing, Helmut, "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica" en *Revista Chilena de Derecho*. N° 9. Vol. 2. Santiago de Chile, 1982, p. 5.

² Perelman, Chaim, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Civitas. 1988, p. 773 y 774.

³ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre Dogmática Jurídica*. UNAM. México D.F., 1974, p. 26; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*. Themis. México D.F.,

estudiar al respecto, que son cuatro las principales, y que de éstas, se desprenden otros puntos. Las características son: (i) La plenitud del derecho. (ii) La creación de la ley por científicos. (iii) Elaboración de conceptos jurídicos. (iv) El juez es un simple mecánico del derecho. A los efectos de la presente investigación, el tercer punto, es fundamental.

Entre tanto, el nombre se ha desprendido de esta conexión histórica y puede ser utilizado para designar la comprensión sistemática del contenido de un determinado ordenamiento jurídico. Y eso es, lo que se pretende con la presente investigación, hallar las profundas contradicciones existentes en las categorías mencionada en el título, pues ellas concentran una teorización inconclusa en torno a ese mote jurídico, que de algún modo representa el estado del arte administrativo de Venezuela. Y esto, debe superarse pacífica y consensuadamente con los miembros de AVEDA.

En una publicación anterior fue sugerida la idea de una actividad administrativa calificadora, con su respectivo acto administrativo formal calificador, que puede ser tanto positivo como negativo. Si se saca la conclusión de los múltiples objetos estudiados por la dogmática del siglo XIX con figuras que provienen desde los tiempos remotos de la antigua Roma, o la edad media, resulta que el Derecho nuevo se origina fundamentalmente sobre la base del Derecho actual. Y esa es, precisamente la nota distintiva que se pretende, que sea considerada con el bloque normativo de las contrataciones públicas, al tipificar el término, o mejor dicho, el verbo calificar, como acción o proceder de la unidad administrativa que selecciona al contratista, ya que las soluciones que se contienen en el derecho actual sirven de punto de partida para nuevas soluciones e instituciones. Muy raras veces, tiene lugar en el desarrollo del derecho una transformación total o radical. Por eso, la idea de reconstruir, de repensar el Derecho administrativo venezolano parcialmente, desde sus respectivos sectores legislativos.

I. ¿Aplica el derecho público o el derecho privado a la actividad administrativa de las contrataciones públicas?

Básicamente, la nomenclatura de la “actividad administrativa de derecho privado” constituye una *contradictio in adjecto*, porque la nomenclatura aludida implica un argumento negatorio en sí mismo. El adjetivo empleado para diferenciar dicha actividad administrativa de los restantes contenidos, se contradice desde la perspectiva de la lógica jurídica, porque la nomenclatura estudiada exterioriza una considerable contradicción entre la expresión sustantiva: “la actividad administrativa”, y el

1992, p. 374; Ihering, Rudolf von, *La Jurisprudencia en Broma y en Serio*. Editorial de la Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, p. 252.

definidor adjetivo: “de derecho privado”. Peor aún, sobreviene con la expresión actividad administrativa contractual ante el error de profesar dicho contenido dentro de la declaración unilateral, que solo es contrátese, y nunca el contrato administrativo, cuando en la práctica ello ocurre así, puesto que las declaraciones unilaterales contienen órdenes destinadas a ser cumplidas por sus receptores. Entiéndase por ejemplo las expresiones: reconózcase, cúmplase, páguese, ciérrese, ocúpese, constitúyase, contrátese, etc., contenidas en los actos administrativos.

La nomenclatura, dicción o léxico, actividad administrativa de Derecho privado empleada, se alude a una actividad administrativa estatal como si fuere materialmente del Derecho Privado, cuando no podría concebirse semejante cosa. Distinto es, que la administración pública por razones históricas requirió de los medios de Derecho privado para relacionarse con los operadores económicos con la finalidad de obtener un acuerdo utilitariamente idóneo con el ordenamiento jurídico ante la inexistencia de un medio de Derecho público, de similar carácter para ser utilizado en la concreción de los programas político-gubernamentales.

En la actualidad, la especie de acuerdo con forma de contrato “privado” suscrito entre los operadores y la Consultoría Jurídica carece de sentido. Con toda esta situación, se podría formular la expresión actividad administrativa de Derecho público como antítesis, y ella, sería, totalmente redundante.

MARTÍN-RETORTILLO dice: aunque la administración se sirve en muchas ocasiones del Derecho Civil, el Derecho Administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración Pública⁴. Y así, este fenómeno indicado, representa una vital tendencia inmanente en el ordenamiento administrativo, debido a la naturaleza de este Derecho como un Derecho Común, o por así decir, Civil para la Administración, para los administrados, no para los particulares, quienes consiguen el calificativo de administrado cuando entablan relaciones con la administración pública.

En todo caso, el Derecho administrativo sirve para estudiar las relaciones entre órganos y entes públicos con los administrados, estando éstos liados directamente con ellos o no. Entonces, el Derecho administrativo como regla es un derecho fundamentalmente estatutario, que estudia la relación jurídico-administrativa directa, o semidirecta⁵, del administrado, con el Estado.

⁴ Martín-Retortillo, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996, p. 30.

⁵ Dentro del carácter semidirecto deberíamos incluir la noción de los intereses colectivos y los difusos, pues, ocasionalmente, los órganos y entes públicos no entablan relaciones jurídicas con una persona directamente, sino con un conjunto de

En un sentido inverso, el Derecho Privado sirve para estudiar las relaciones jurídicas surgidas entre los mismos particulares, pero no a las relaciones jurídicas del particular con los órganos o los entes públicos. La relación jurídico-pública, la define la intervención del Estado en cualquiera de sus distintas formas con un administrado, no la técnica jurídica utilizada para concretizar la voluntad legal, pues la mera intervención estatal dentro de la relación, imprime una determinada orientación material-finalista de la relación jurídica sostenida entre ambos: (Estado-Administrado), que en todo caso, ésta terminará nutriéndose de las disposiciones de carácter privado dispuestas en los instrumentos normativos de la asignatura ante la indolencia normativa en la regulación de una determinada instituta pública. Como así mismo, el Derecho privado requiere del Derecho Administrativo para consumir con todos sus fines de carácter existencial, aunque con una función un poco diferente, como certificar la legitimidad de las relaciones jurídicas privadas devenidas de los actos jurídicos privados.

Si el Estado participa bajo cualquiera de sus distintas formas en una relación jurídica cualquiera, entonces ese contenido regulador incorporado en el acto jurídico estatal –incluso aquél generado con un acto jurídico estatal de apariencia privada– será considerado como un acto producto de una potestad administrativa, como un acto jurídico emitido por el ejercicio de una potestad de Derecho Administrativo, debido a la marcada esencia de la respectiva declaración unilateral, o multilateral de perseguir un supremo interés general. La orientación finalista del acto jurídico, decide entonces, la esencia jurídica decisivamente en un plano práctico, aunque el contenido de ese acto contractual, o de los actos jurídicos derivados de ese acto, pudiere provenir de un instrumento de naturaleza privada, o pudiere ser considerado como privado por algún carácter sustancial. En todo caso, aunque en el contenido regulador del acto administrativo exista un cierto contenido del derecho privado, la sustancia teleológica de carácter publicista será dominante. El fin como elemento del acto, será decisivo para cumplir con su talante en el caso, pues en la teoría del acto administrativo, todo queda reducido a la competencia y el fin: ¡más nada!

De tal manera, que el Derecho Administrativo tiende a reglamentar la totalidad de las relaciones en las que éste incide, pero ello no significa que, o simboliza que, toda, la actividad administrativa estatal concerniente con el bloque normativo de las contrataciones públicas provenga substancialmente del Derecho Privado, así como, que posteriormente, éstos actos bilaterales puedan definirse material y fundamentalmente como del Derecho Privado.

personas, que pudieren ser diferenciados o no, individualmente, dentro de un cierto grupo social. Incluso, podría crearse la categoría de acto administrativo colectivo y acto administrativo difuso.

No pueden fusionarse términos derivados de dos ramas del derecho arbitrariamente, únicamente, porque el fenómeno de alocución: “el contractual” de la administración, posee ciertos puntos de conexión entre dos ramas del derecho distintas. Claro, que como resultado de la expansión de la actividad administrativa en campos que durante mucho tiempo se encontraban vedados, o al menos, que no podía preverse su presencia, que la administración se encuentre obligada a emplear el Derecho Privado. Pero, es muy importante destacar, que el Derecho privado nunca fue, ni es, ni será acomodado en su genuino significado por la Administración, sino que éste termina siendo decantado con la finalidad de naturalizarlo como administrativo, pues debe necesariamente reconocerse que la Administración sirve de base graduador para trasvasar al sistema administrativo, todas esas nociones, esfuerzos y formulaciones que comenzaron siendo en esencia estrictamente civiles, gradualmente.

Como diría brillantemente RETORTILLO-BAQUER: el Derecho privado tiene siempre para la administración pública, aun cuando aparezca al servicio de unos fines públicos, un carácter eminentemente secundario⁶. Naturalmente, eso no quiere decir, que el contrato público deba emplearse, ni considerarse como un contrato de naturaleza privada, sino que dicho “contrato público” como “modo de implementación del Derecho privado entre particulares”, encontró en su momento por la administración, la única manera de vincular al operador económico con el carácter de “colaborador ocasional” para la conquista de todos los cometidos estatales propios, que resultaban materialmente inalcanzables por los órganos y entes públicos.

RETORTILLO-BAQUER dice: el contrato administrativo cuya peculiaridad respecto del contrato privado estribó exclusivamente en su asignación jurisdiccional, ha alcanzado su sustantividad a través de una laboriosa labor de formulación de los conceptos hecha por la doctrina y la jurisprudencia, cuando ni siquiera estos conceptos se recogían en los textos administrativos⁷.

Muy diferente es, que después de transcurrido un indudable tiempo, esa técnica concluyera administrativizándose a los fines de conseguir la independencia dogmática del Derecho administrativo frente al Derecho privado con su integral normativización administrativa. Y así, sea, pues, ésta, una técnica propia del derecho administrativo, o una más o menos equivalente, de una técnica proveniente del Derecho Privado, ¿o es qué se ha olvidado como han surgido una buena parte de las figuras e instituciones administrativas? Afirma MARTÍN-RETORTILLO⁸. De un modo muy esclarecedor: el Derecho civil no es Derecho común, general,

⁶ Martín-Retortillo, Sebastián, cit., p. 163.

⁷ *Idem*, pp.164-165.

⁸ *Idem*, p. 166.

ni el Derecho administrativo es un Derecho de excepción. Se trata, más bien, de dos órdenes distintos que responden a una racionalidad también distinta de carácter complementario⁹.

Ello implicaría decir, que los actos administrativos originados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos de Derecho Social. O, que los actos administrativos conectados con la guerra o invasión a otro país sean actos administrativos del Derecho Internacional. O, que los actos de los Registros Mercantiles son actos administrativos del Derecho Mercantil, o del Derecho Civil. Esto carece totalmente de sentido. Son actos administrativos, por tanto, pertenecen al Derecho Administrativo.

O aún peor, que constitucional, o legalmente, la Administración Pública implemente formulas privadas, no puede conducir a equívocos de ningún tipo, porque el empleo de la mencionada técnica del Derecho privado por las autoridades estatales en algunos casos, no conduce a la deplorable afirmación de que ésta pudiere ser considerada como sujeto de Derecho Privado, como pudiera inducirse equivocadamente con la nomenclatura “actividad administrativa de derecho privado,” o de “la actividad administrativa contractual” ante la necesidad de una capacidad de goce-ejercicio (poder de un particular para suscribir actos jurídicos civiles o mercantiles) especialmente con la temática de las empresas, asociaciones y fundaciones públicas, pues la aserción “de Derecho Privado” o “contractual” pudiera significar, que las autoridades estatales tienen una capacidad jurídica, y no una potestad-función, o potestad-competencia, o potestad-atribución, o potestad administrativa estricta, que se halla completamente singularizada tras su obligatoria procedimentalización para al fin, decidir, esto es, que ya acreditada como un título de carácter justificativo del proceder administrativo, y que irrumpe en la esfera subjetiva de un administrado, en donde termina disociado el beneficio personal de su titular con relación al vital interés general de la comunidad beneficiada, según los lineamientos conceptuales del estudioso DE LA CUÉTARA¹⁰.

La condición especialísima de la Administración Pública, de ser orgánica, funcional, y formalmente un ala instrumental de ejecución general de la legislación administrativa de la totalidad de los sujetos de Derecho público que conforman a la República Federal Bolivariana de Venezuela: la República, los estados, los municipios con la totalidad de sus entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, o con forma de derecho privado, es de carácter irrenunciable¹¹. Y además,

⁹ Benoît, François, *El Derecho Administrativo Francés*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977, p. 84.

¹⁰ De la Cuétara, Juan Miguel, *La Potestad Administrativa*. Tecnos. Madrid, 1988.

¹¹ Cfr. Sentencia N° 57 del 14-08-2013 de Sala Plena-TSJ. Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López. Caso IAN contra Familia Monteiro. La sentencia no insinúa el carácter de los órganos administrativos como sujetos de Derecho público,

cabe incluso agregar, que la reseñada condición de administración pública destinada a emplear sus medios de derecho (potestades públicas) impretermítiblemente al servicio objetivo de los ciudadanos, venezolanos, es personal, o intransferible a cualquier otra estructura organizativa de similar naturaleza nacional¹², a diferencia de todos los derechos subjetivos de índole privado, que están fundamentados en el *supra* principio de la libertad de los individuos¹³.

Nótese como, con los devenires de los distintos procesos históricos de cada país con los movimientos políticos, económicos y sociales, no se reemplaza, ni se sustituye, ni se destruye a la administración pública nacional existente con la finalidad de imponer una de diferente tipo, sino que sencillamente las nuevas tendencias normativizadas con sus nuevos valores, hábitos y culturas organizacionales moldean su espíritu dinámico en las relaciones con los administrados, transformándolas. Y tampoco la Administración Pública consigue ser las dos cosas al mismo tiempo: sujeto de derecho público y sujeto de derecho privado. Ésta, debe ser una u otra, porque el ostentar la condición de un sujeto de derecho público o de derecho privado, excluye a la otra condición

sino lo contrario. La sentencia declara la eventualidad de que un órgano administrativo público de fomento sea considerado como un particular, porque celebra un contrato de crédito agrícola con un particular, cuyo incumplimiento de las condiciones contractuales, termina en un proceso ejecutivo de naturaleza hipotecaria, cuando tal actividad administrativa, aunque pudiere de alguna manera contener elementos de derecho privado, ésta es fomento, ésta es, en substancia, derecho administrativo. Fundamentalmente, el criterio jurisprudencial establece la derogación del derecho procesal administrativo de ese entonces (LOTSJ de 2004) para el ente agrícola con la aplicación de un juicio civil ejecutivo, que constitucionalmente, no sujeta a su control judicial las relaciones jurídicas de índole administrativa, donde la mera presencia de la administración en cualquiera de sus formas, confiere una vocación teleológica pública, inclusive a las técnicas contractuales que suscribiere el ente público. De tal modo, que el IAN pudo escapar del control judicial de su juez natural: el juez administrativo, quien resulta constitucionalmente competente (artículo 259) para constatar de la infidelidad teleológica de sus actuaciones conforme al artículo 141 constitucional. No siendo así, según la nueva regulación procesal.

¹² Como pudiera analizarse la inverosímil situación jurídica de la administración pública venezolana, quien fue instituida como estructura organizativa encargada de satisfacer las necesidades de la ciudadanía venezolana, nunca de sociedades ajenas a la nuestra, desvinculando a la personificación del Estado como sujeto de derecho internacional con el principio de la soberanía configurativo que la erige como estructura organizativa típica de los venezolanos, propia de los venezolanos. Pudiéndose acotar el calificativo de la administración pública nacional, quien se encuentra anclada dentro del Estado, como inconstitucional según indica EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN. No del reglamento, o del acto, o de la actuación material, o del contrato, sino a la personificación de la administración, quien terminó desapoderándose teleológicamente de la sociedad que la erigió como su sujeto de acción. El sujeto de acción estatal del Estado Venezolano, son los venezolanos como sustrato personal configurativo de dicha entidad.

¹³ Cfr. Artículo 20 del ordenamiento constitucional venezolano.

irremediablemente de manera directa e inmediata. O forma parte del Estado, o forma parte de la sociedad civil. Pero, se repite, no puede ser las dos cosas al mismo tiempo.

Así, las empresas públicas son organizaciones descentralizadas con personalidad jurídica autónoma e independiente, diferentes de la Administración Central, pero con un patrimonio propio fijado para cumplir con sus cometidos. Y aunque, constitucionalmente, las empresas públicas no están decretadas, u ordenadas como estructuras administrativas de carácter organizativo instituidas para conseguir un lucro personal para sí mismas como si fueran sujetos derecho privado-mercantiles, éstas podrían en la medida de lo permitido, considerarse como rentables, entiéndase como, productiva, la gestión administrativa, porque tienen que aspirar a la eficacia de su mandato, como cualquier organización para causar sus ingresos propios en el sufragio de sus gastos sin depender directamente de la Administración Pública Central. Todo es cuestión de una básica reinterpretación íntegra del artículo 141 constitucional de la eficiencia del patrimonio público organizacional.

Ello encuadraría pese a la apariencia privada de su estructura organizativa a los basamentos principistas estatales del artículo 141 del ordenamiento constitucional según la posición de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: el sometimiento imperativo genérico de los entes a todo el derecho, en general, pues porque según éste importante autor: La Constitución no exige, que la Administración obre siempre bajo un régimen de Derecho público exorbitante del Derecho Común.

En realidad, la Constitución sólo requiere que la Administración, siempre oriente su actuación a la satisfacción objetiva de los ciudadanos, de acuerdo con los principios superiores allí reflejados: la utilización del derecho público, o del derecho privado, sólo será instrumental¹⁴. Aclarando conforme detallamos inicialmente ese aludido uso: éste solo puede determinarse en función del carácter con el cual procede la Administración, como se indicó más arriba con el estudioso español, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹⁵.

Pudiere ser, que el contenido de la secuela jurídica regulada por el acto jurídico con el Derecho privado tenga ese carácter, y sea tomado así, porque no existe un equivalente, todavía, en el Derecho Administrativo, pero ello no modifica la orientación finalista del contenido, o de la técnica, o de la noción, cuando es aplicada por toda la Administración ante el marcado interés general que ésta representa, debido al apoderamiento constitucional superior de la institución de justificar “todas las relaciones jurídicas contractuales” de las personas públicas sometidas a

¹⁴ Hernández, José, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Caracas, EJV, 2011, p. 136.

¹⁵ *Ídem*.

una finalidad de servicio público¹⁶, o a una prestación de utilidad pública, o de interés general¹⁷, así como en un criterio de servicio público para un sentido *iuspublicista*, que fue entendido en sentido muy amplio¹⁸.

De tal manera, que se toparía como indica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ con una especie de Derecho administrativo-privado, esto es, un derecho con elementos materiales de carácter publicista y privatista, pero completamente diferente en cuanto a su vocación teleológica. Sin embargo, la expresión no debería emplearse ni siquiera donairosamente, con profundo respeto al catedrático, pues ese nuevo derecho no puede ser ambas cosas simultáneamente ante el natural choque teleológico que pudieren generar los dos derechos en una cierta situación concreta, pues sólo una puede predominar. Y constitucionalmente, conforme con esa posición subjetivista del derecho administrativo, como ordenamiento básicamente diseñado para ésta institución, la norma fundamental resuelve ese choque de intereses estatutario, si puede decirse, dándole la preponderancia teleológica concluyente de los órganos y entes públicos con el Derecho administrativo para materializar los programas políticos-gubernamentales diseñados por el ala gubernamental por encima de los intereses estatutarios del derecho privado; afirmación que viene siendo el mensaje definitivo del precitado autor. De lo contrario ¿Sería posible pensar, acaso, que la administración pública pudiere acudir a la técnica contractual con el fin de apremiar un interés distinto del general?

La respuesta es rotundamente negativa, pues el artículo 141 del ordenamiento imprime el contenido regulador de los procederes estatales de la Administración Pública de ese modo ante su inevitable carácter de anclado en esa norma constitucional. Cómo diría la doctrina venezolana: la causa justificante de todos estos contratos se puede concretar en la satisfacción de los intereses generales de los cuales la administración pública es vicaria, pues no se entiende, que ésta actúe impulsada por otros fines, que se sienta motivada a realizar la contratación, única y exclusivamente por afán de lucro, por lícito que este sea¹⁹.

La vocación instrumental de la administración –definida constitucionalmente– no sufrirá modificaciones teleológicas de ningún tipo con la sumatoria de nociones, figuras, o elementos puntuales del derecho privado. Aunque, tal vez, materialmente, sí. Sin embargo, ese pretendido Derecho administrativo privado acabará teniendo la misma vocación vicarial de satisfacer las necesidades colectivas, aunque esté mezclado

¹⁶ Corte Federal y de Casación. Sentencia del 05-12-1944.

¹⁷ Corte Federal y de Casación. Sentencia del 12-11-1954.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Sentencia del 01-04-1986.

¹⁹ Hernández, Víctor, "La Evolución de la Contratación Pública y las Potestades de la Administración". *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 216.

con un contenido regulador privado, debido a nociones, técnicas, o formas del derecho privado.

Con ello se quiere exponer, que aunque pudiese ordenarse esa expresión insinuada siguiendo al autor alemán EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN, seguirá siendo en esencia lo mismo, ahora y siempre: Derecho Administrativo, y no Derecho Privado. Lo que quiere decir, que aunque: la actividad administrativa estatal, y dentro de ella, su actividad contractual, queda sometida a un régimen preponderante de Derecho público, queda subsidiariamente sometido al derecho privado.

De ésta interaplicación de regímenes jurídicos²⁰, ella seguirá siendo decisivamente de derecho administrativo. En definitiva, todo contrato celebrado por la administración se manda, en mayor o menor proporción, por el derecho administrativo²¹. Incluso, ello pudiera operar a la inversa, pues con ocasión a la incorporación del principio del carácter social del artículo 2 constitucional, la autonomía de la voluntad fue moldeada sustancialmente con la anexión de cláusulas interpretativas mejorativas para la adquisición de bienes y servicios de calidad, en el caso de las normas y principios del derecho de protección al consumidor y al usuario con la idea de la participación ciudadana en los asuntos económicos. O incluso más aún, cuando constitucionalmente se considera, antijurídico, los contratos privados que crean monopolios, duopolios, oligopolios, o crean posiciones de dominio, detallando el carácter antijurídico del contrato mercantil con ese objeto contractual ante la misma Constitución.

Hoy en día, tras veinticuatro años de vigencia de la Constitución de 1999, y en especial, a partir de la sentencia N° 85 del 24-01-2022 Caso Asovediprilara C.A., puede concluirse que difícilmente puede hallarse un contrato de Derecho privado en su genuina expresión, pues en su mayoría, todos son contratos de adhesión, donde el Estado subroga los contenidos obligacionales de las diferentes técnicas contractuales, y que apenas firman los particulares, viendo como simplemente, aceptan las regulaciones administrativas.

Basta con manifestar, la estocada final que sufre la autonomía contractual necesaria para dar nacimiento a los contratos privados firmados por los particulares, cuando el Estado empieza a decretar el precio justo de los bienes y servicios con la Ley Orgánica de Precios Justos (2014), pues a partir de esa nefasta regulación, el Estado expropia por entero la autonomía contractual de las partes. Hoy en día, al menos en Venezuela,

²⁰ Hernández, José Ignacio, "El Contrato Administrativo". *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 179.

²¹ Mèlich, José, "El Contrato Administrativo en el Marco General de la Doctrina de Contrato", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116. Caracas, 2000, pp. 65 y ss.

es plausible la aseveración de la inexistencia de los contratos privados en el terreno de los hechos. Y que la separación doctrinal de ambas tipologías, es totalmente anodina. Sí, es completamente cierto, el Derecho Administrativo posee la innegable función de regular a las actividades económicas, pero acabó siendo sumamente asfixiante. Hoy por hoy, se plantea incluso en ciertos círculos académicos, de la necesidad de áreas económicas totalmente reservadas a los particulares.

En este orden de ideas, el Derecho administrativo nunca cambia esa orientación finalista desde que aparece como disciplina del saber jurídico a finales del siglo XVIII, hasta nuestros días. Ciertamente, los cometidos estatales fueron acrecentándose ostensiblemente desde entonces, hasta tal punto, que requirió de nuevas técnicas que no se encontraban anteriormente previstas, contribuyendo a aumentar la propagación de las normativas, pero la meta siguió siendo la misma: la consecución del interés general de la sociedad.

De esta manera, las empresas públicas, aunque tienen una apariencia privada, ellas no tienen capacidad jurídica, sino una auténtica competencia legal-reglamentaria-estatutaria transferida decretalmente por el Ejecutivo nacional, Ejecutivos regionales y municipales, a un ente descentralizado funcionalmente con forma de Derecho privado con privilegios por su particularidad de empresa pública ante la justicia administrativa. De donde, básicamente, las empresas estatales son organizaciones descentralizadas funcionalmente integradas en el entrante de la Administración pública para realizar políticas públicas, no para materializar unos intereses propios, que son considerados inconstitucionales, contrarios a la codificación política delineada para su configuración. Estas forman parte del Estado²².

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ dice: Mal podría la Administración obrar como un particular, en tanto éste siempre persigue intereses propios y privados, mientras que la Administración protege intereses ajenos y públicos, los intereses de los ciudadanos²³. Constitucionalmente (artículo 141), el pacto teleológico del proceder estatal de los órganos y entes públicos está indicada normativamente. Aunque, el Constituyente 1999 utilizare una terminología distinta del constituyente español (1977), el sentido metódico de los vocablos usados, es el mismo. Por ello, el buscar una finalidad distinta de la aludida anteriormente, implicaría una desviación

²² A partir de los años 30, PROSPER WEIL, dice que se detecta, que la satisfacción del interés general no era del monopolio de las empresas públicas. Se llegó a hablar en un principio, de unas empresas privadas de interés general, lo que conllevaba una sujeción y prerrogativas; posteriormente el Estado crea organismos privados a los que encomienda misiones de servicio público, con lo que la acción administrativa cesa de ser exclusiva del aparato administrativo. Weil, Prosper, *Le Droit Administratif*. Dalloz. París, 1964, p. 23.

²³ Hernández, José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Caracas, EJV, 2011, p. 134.

del poder constitucionalmente conferido a los entes integrados dentro de la Administración.

En conclusión, la contradicción identificada con la nomenclatura considerada es un ejemplo obvio de oxímoron, debido a la evidente mezcolanza de dos conceptos opuestos en una misma expresión jurídica, con la finalidad de componer una novedosa tercera expresión jurídica, que abarque los dos conceptos anteriormente mencionados. Que además, configura una dicotomía innecesaria entre los intereses de dos estatutos normativos diferentes de manera dificultosa, cuando no existe nada semejante en la práctica. La designación indicada plantea una real antinomia, un choque de intereses estatutarios, cosa que pudiera implicar, una especie de tesis. De este modo, el magno ordenamiento moldea de una manera u otra –con ayuda de los principios generales normativizados– la orientación eficaz de carácter aplicativo de la norma administrativa hacia la búsqueda del bienestar general. Y que viene siendo precisamente la razón de estado de la administración, indiferentemente de la técnica que pudiere emplear para materializar sus cometidos.

II. Actividad administrativa de Derecho privado y la actividad administrativa contractual como *contradictio in adjecto*

Volviendo a la argumentación de la *contradictio in adjecto* de la expresión actividad administrativa de derecho privado, o contractual, los contratos suscritos entre los operadores económicos con la Administración Pública, no son considerados un contrato de Derecho privado como debería conjeturarse con la expresión anteriormente empleada, para referirse a ese contenido de la actividad administrativa, sino un contrato administrativo. En otras voces, un contrato de Derecho público conectado historialmente con un conjunto de actos unilaterales previos, donde cada uno de los actos antecesores inciden en su contenido regulador.

La distinción de los contratos administrativos estatales y contratos privados estatales carece de sentido. La distinción, es una notoria invención de la doctrina jurisprudencial ante la carencia de un cuerpo normativo que con un carácter global, involviere completamente los pormenores técnicos necesarios para juridificar a la mencionada técnica contractual²⁴. Y con ello también, la presencia de una actividad

²⁴ Brewer-Carías, Allan, *Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela. Los contratos administrativos. Contratos del Estado, Tomo I*. Caracas, FUNEDA, 2006. Brewer-Carías, Allan, “Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de Aplicación”. *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 88.

administrativa estatal de Derecho público junto a una actividad administrativa estatal de Derecho privado.

El principal modo de juridificar a la técnica contractual –ambas, sin distinción alguna, sustantivizándola con un carácter administrativo– fue con la ley de licitaciones, quien confirió un régimen jurídico normativo suficientemente detallado de los contratos administrativos. No así, con “los contratos privados del Estado”: venta y arrendamiento demanial, quienes fueron privatizados extrañamente por una rara indolencia normativa, que culminó, con el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos, quien con un enfoque material, característicamente novedoso, deja sentada todas las garantías procedimentales mínimas que convenían consumarse para considerar a la firma de los contratos, como correctos con el bloque normativo promulgado.

De tal manera, que los actos contractuales de venta de bienes de dominio privado, o de arrendamiento de bienes privados de la nación, componen técnicas de gestión demanial del Estado para administrar la masa patrimonial que forma parte del acervo de la República, que fueron conforme su normativa especial, juridificados con la institución de una actividad administrativa procedimentalizada para la consecución de un fin de interés general por parte del Estado, y que podría denominarse: actividad administrativa de gestión demanial, o técnicas de gestión demanial.

Esos contratos privados estatales –la mezcla extraña de dos calificativos en una expresión jurídica– no pueden ser de corte privado, porque su dinamismo obligacional esté asemejado con el concertado en el Código Civil o el Código de Comercio para técnicas más o menos afines. Esas convenciones privadas estatales, siempre fueron de esencia pública –especialmente hoy– aunque el régimen obligacional: fase ejecutiva de la técnica contractual ataña conducirse según el principio de la supletoriedad normativa con las disposiciones legales del código civil, ante una evidente deficiencia normativa de carácter omitiva del bloque normativo de las contrataciones públicas. Pudiendo afirmar de modo lapidario, que el proceso lógico de huida de técnicas jurídicas estatales hacia el derecho privado, es una interpretación carente totalmente de sentido, puesto que la esencia mayoritaria del régimen jurídico contractual está compenetrado con el interés general que resulta a todas luces inderogable, aunque los órganos y entes públicos empleen regulaciones, de corte supletorio, en el vacío regulatorio del Derecho administrativo para completar esa deficiencia regulativa. Como dirían brillantemente GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: la ley aplicable al contrato no

modifica su naturaleza. Sería tanto como sostener que existen distintas modalidades de contrato, según sea la ley (civil o mercantil) aplicables.²⁵

El aporte al Derecho administrativo de la presente investigación permitiría fortalecer la autonomía del Derecho Administrativo con una técnica propia, aunque no tan sólo desde el punto de vista nominal, pues manejar la tesis de la “actividad administrativa contractual”, sería privatizar los contenidos de la actividad administrativa estatal en Venezuela. Y con ello privatizar en un claro sentido objetivo el Derecho Administrativo venezolano. Con lo cual, se afirma, que sin lugar a dudas, la actual *nominativitas* de actividad administrativa contractual contribuye al nefasto proceso de huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado. Cuando precisamente, la evolución del objeto y método de estudio administrativo tiene la tendencia de impedir esa nefasta posibilidad ante los notables avances de nuestras publicaciones científicas, en cuanto a la clara sustantividad de nuestra disciplina se refiere por intermedio de la juridificación pública de la materia y a través del método dogmático.

Aunque, la técnica y régimen obligacional tienen apariencia de un acto de derecho privado, sigue siendo una técnica de gestión demanial estatal con una finalidad inmanente de satisfacer un interés general irrenunciable. De modo similar, como ocurre inclusive con la privatización, que también fue incorporada en la categoría de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual, y que posee unos perfectos contornos sustantivos, e incluso teleológicos, orientados a la satisfacción del interés general de los administrados con unas garantías sustantivas y procedimentales mínimas, que deben respetarse, incluso a nivel subjetivo con los famosos derechos de representación de los trabajadores.

Curiosamente, las dos técnicas contractuales, los contratos privados del Estado y los contratos administrativos fueron normativizados como *institutas* del Derecho administrativo especial venezolano ante la notable diferencia que concurre entre los dos grupos de técnicas contractuales, en cuanto a su idea ordenadora, teoría, principio, o pensamiento sistematizador en el funcionamiento administrativo del Estado, pues poseen un evidente contenido regulador, moldeador, completamente incomparable, que se cristaliza mediante ciertos efectos prácticos en la realidad, totalmente diferenciados.

Con ello se aventuraría a desprender, que la no anexión de las técnicas contractuales referidas dentro del bloque normativo de las contrataciones públicas en el artículo 1, pese a su nombre genérico²⁶, se debe al menos a la nítida percepción intuitiva, de esa diferencia

²⁵ García De Enterría, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid, Civitas. 2000, p. 681 y ss.

²⁶ Brewer-Carías, Allan, “Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas”, cit.

esencialmente sustantiva que naturalmente las diferencia, y que siempre estuvo presente en la percepción de los legisladores, pero que no pudo identificarse con suma exactitud ante la enorme deficiencia regulativa –una ausencia de normativa– que pudiere ayudar con sendas notas adjetivas regulativas tan esenciales como las recogidas en la normativa de los bienes públicos, a los fines de formular teorías relacionadas con todas las técnicas aludidas, que antes no eran posibles crear por la falta de un cuerpo normativo.

De ahí, que se deba firmemente reconocer, pero sólo fragmentariamente en nuestra opinión²⁷, ese acierto normativo incorporado en el artículo 1 LCP, que indica el ámbito de aplicación de la Ley para tan sólo tres de las numerosas técnicas contractuales que pudiere emplear la Administración, ya que fueron encauzadas, específicamente éstas tres, como un objeto apetecido por todos los contratistas según la particularidad del objeto contractual tipificado en su grafía²⁸.

Así, el contrato administrativo constituye un acto jurídico estatal de ejecución de la legislación administrativa como muy bien indica ORLANDO²⁹. De donde deducimos, que el contenido regulador como elemento de eficacia del acto administrativo formal³⁰, o del contrato estatal, sea del Derecho público por implicar una evidente concretización de la Ley de Contrataciones, un instrumento legislativo archiconocido por la doctrina científica del derecho como del derecho administrativo, como a una ley administrativa.

SARMIENTO plantea que ningún acto ni contrato de la administración está regido exclusivamente por el Derecho privado. Siempre le resulta

²⁷ Consideramos oportuno comentar, que la no inclusión de los contratos de sociedad configurativos de las empresas públicas con varios socios (públicos y privados) involucra la poca voluntariedad de juridificar a la mencionada técnica contractual (potestad), porque no confiere un marco normativo procedimental lo suficientemente acabado como para amoldarlo con los basamentos principistas de un Estado de Derecho ante la ausencia de unos criterios técnicos determinantes para la potestad decisiva del órgano público en la selección de los futuros socios del Estado, que obedecieren a la mejor oferta, o el mejor contratista, que permitieren concluir finalmente, que dicha decisión fue tomada con racionalidad, o conforme a derecho. Por si fuera poco, el contenido de dicha potestad de constituir empresas públicas tiene por contenido en nuestra opinión, una fase de pura selección: (i) la calificadora - el acto administrativo; (ii) una final: la organizativa - contrato de sociedad. Y, (iii) una prestacional: o de gestión económica - contratos sucesivos concretizantes. La doctrina estudia, únicamente las dos últimas, más no los presupuestos teóricos necesarios para su configuración, ni la fase de formación del acto ordenativo para la creación de la empresa pública.

²⁸ Cfr. Artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas.

²⁹ Orlando, Vitor Emmanuele, *Principios de Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de Álvaro Rodríguez Bereijo. Madrid, 1978, p. 6.

³⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones Sobre el Acto Administrativo*. Civitas. Madrid, España, 2004, p. 31.

aplicable, en mayor o menor medida, el Derecho público. No existe en la función administrativa actos, ni contratos administrativos de derecho privado, sino actos regulados por ciertas normas de derecho privado³¹. Y eso, tomando en consideración, la convenida ponderación graduativa de dicho contenido regulador en una cierta técnica contractual, como de esencia preponderantemente pública ante la residual, o secundaria esencia privada³².

En este sentido, se puede observar, un extraño fenómeno de intercambio en la dinámica obligacional de las técnicas contractuales; de figuras contractuales de naturaleza sustantiva propias del Derecho Administrativo, aunque alineadas u ordenadas con otras nociones complementarias, pero de manera residual, y que provienen del Derecho Privado, para llenar, o colmar la ausencia normativa de un régimen administrativo particular, de una cierta técnica contractual; una cierta ausencia normativa, a quien puede responsabilizarse, de ese vaciamiento del contenido de regulador de la mayoría de las técnicas contractuales estatales, mejor conocido como la huida del Derecho administrativo al derecho privado.

Sin embargo, aunque no exista semejante normativa que explícitamente confiera esa vocación teleológica de las técnicas contractuales usadas como concreción de su grafía, la naturaleza administrativa estará siempre presente allí, implícitamente, ante la presencia de la Administración, como sujeto activo de la técnica contractual con su vocación satisfactoria del interés general de las personas.

Ahora bien, como ha señalado brillantemente LEGUINA VILLA ante la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión administrativa, se plantean dos soluciones posibles: (i) Acudir ante el Derecho Privado; o (ii) Reformar el Derecho Administrativo. Así, lo que procedía, era llevar a cabo un estudio serio de la eficacia de las categorías jurídicas administrativas para introducir, en su caso, las reformas que sean pertinentes para lograr una gestión más eficaz de los intereses públicos³³.

De ahí, que entonces, materialmente, todos los contratos estatales pertenezcan al derecho administrativo, y no al antitético derecho

³¹ Sarmiento, José, "Sobre el Enigma del Contrato Administrativo" en *Desafíos del Derecho Administrativo Iberoamericano: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. Caracas, 2009, p. 1035.

³² Brewer-Carías, Allan, "La Interaplicación del Derecho público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo" en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías Formas de la Actividad Administrativa*. FUNEDA. Caracas, 1996, p. 55.

³³ Leguina, José, "Algunas Ideas Sobre la Constitución Y la Huida del Derecho Administrativo" en *Revista Jurídica de Navarra*. N° 19. Navarra, 1995, p 13.

privado. Pero, ahora, ¿el contrato de compraventa de los bienes de dominio privado, y el arrendamiento de bienes privados del Estado según el Decreto-Ley Orgánico de los Bienes Públicos, no implica la concreción de una ley administrativa? Entonces surge la pregunta, ¿Por qué no se ha abandonado esa categorización, actualmente anodina, especialmente con estos dos contratos, de contratos administrativos, y no administrativos del Estado?

Por eso, la inutilidad de la locución de actividad administrativa de derecho privado, o de actividad administrativa contractual en el Derecho administrativo de las contrataciones públicas, por su contradicción, su imprecisión y enorme generalidad para abordar el fenómeno de la técnica contractual estatal. Además, ella compone una total contradicción en su sentido material, o puramente regulador. El consentir a la expresión de actividad administrativa de Derecho privado sería, como aceptar la jocosa posibilidad de un triángulo redondo, o de un instante eterno. Por supuesto, no acontece igual con términos como los altibajos, vaivén, claroscuro y subibaja, ya que no son adjetivos, sino voces sustantivas que apuntan cosas. Con la expresión tanta veces mencionada, se encuentran dos sustantivos combinados de modo contradictorio.

El contrato administrativo, es un contrato, nominalmente. Solo de nombre. El contrato estatal es técnicamente un convenio administrativo suscrito entre dos partes formalmente, y excepcionalmente consideradas como iguales, pero que materialmente son desiguales. Como acertarían DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: esa teoría abstracta de la actividad multilateral de la Administración Pública, entendida como la teoría de los convenios de la Administración, se reduce a una delgadísima capa de teoría general, que en realidad vienen a ser predominantemente descriptiva como convenios interadministrativos y convenios administración-administrados³⁴.

La anterior idea, es una teoría poco conocida en Venezuela, que es muy estudiada, e incluso aplicada, en Italia y Alemania. Hasta tal punto, que de la actual afirmación, se puede considerar la ausencia de un criterio moderno, autónomo y nuevo de nuestro derecho administrativo, pues se siguen utilizando técnicas jurídicas del derecho privado por la ausencia de una juridificación exhaustiva de las técnicas jurídico-administrativas de nuestro Estado ante la imperfecta legislación existente, aunque la dinámica de la misma frente a los administrados no sea igual, a la existente entre dos o más particulares entre sí. La misma afirmación se puede sostener de la disciplina, en que todavía no se abandona la mención de la técnica contractual, del Derecho Administrativo. Aunque, el Derecho Administrativo, se modernizó con promulgación del

³⁴ Cfr. García De Enterría, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Civitas. Madrid, 2002, p. 665.

Decreto-Ley Orgánico de Bienes de Dominio Público al juridificar tales técnicas contractuales del Estado.

Los contratos públicos nacen por un acuerdo creador de relaciones jurídicas, o con la mera anuencia de adhesión por el particular a relaciones previamente establecidas por la Administración Pública. En cualquiera de los dos casos, sea por la amplitud del acuerdo creador, sea por la necesidad del formal consentimiento, siempre se destaca como necesaria la manifestación de voluntad del particular en un convenio previo. La figura contractual no existe, si no se exhibe esta forma de expresión del convenio con la voluntad del particular. De ahí, que se considere también, la necesidad de desechar la expresión de actividad administrativa contractual, ya que, no se encuentra con un auténtico contrato, como ocurre con el derecho privado.

Con esa expresión, de contrato de adhesión, se distingue la posición, en que una de las partes “impone la ley del contrato a la otra”, y que sólo puede optar entre aceptar las cláusulas preestablecidas por la unidad administrativa que selecciona al contratista, o no contratar.

De este modo, la voluntad administrativa frente a la radicalmente opuesta libertad contractual de los particulares, que preside la contratación civil o mercantil, es una voluntad vinculada, o de contenido típico. El principio de legalidad juega en la gestación del contrato, el mismo papel que en cualquier otro acto jurídico estatal: las normas de contratación son para el órgano contratante normas de puro *ius cogens*, a diferencia de las normas civiles o mercantiles, que son para las partes, puras normas dispositivas³⁵.

El carácter taxativo de estas condiciones contractuales influye tanto en la manera de seleccionar a los contratistas que puede llegar a ser determinante para declarar como desierto el procedimiento de selección de contratistas³⁶, en caso de que ningún operador económico reúna las condiciones mínimas de contratación.

Un ejemplo, que pudiera suponer como paradigmático, a niveles generales con relación a la técnica contractual, es el contrato administrativo-laboral de empleo público firmado entre el futuro empleado con el órgano o ente público referido, pues la relación jurídica-laboral con el Estado posee una regulación legal propia, en principio –aunque no existe con completa exhaustividad–, y entonces, supletoriamente, se acude a la regulación de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras. Si dos aspirantes a un puesto de trabajo participan en un

³⁵ Ariño, Gaspar, Citado por Sarmiento, J.H. *Sobre el Enigma del Contrato Administrativo en Desafíos del Derecho Administrativo Iberoamericano: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela. Tomo II.* Caracas, 2009, p. 1037.

³⁶ Cfr. Artículos 109, 113 y 114 de la Ley de Contrataciones Públicas.

concurso de oposición, y ninguno reúne los requisitos para el cargo, también se declara como desierto el concurso. Así, puede encontrarse entonces, con un imaginario Derecho administrativo laboral como disciplina jurídica³⁷.

Otra razón para considerar como descabellada la nomenclatura de la actividad administrativa de Derecho Privado, es que ni el acto unilateral, ni el contrato administrativo pertenecen al Derecho Privado, sino que pertenecen al Derecho Administrativo, cuando según la teoría de los actos conexos, los dos actos comprenden, una conjunción de acción estatal diferenciada singularmente, pero con un fin común: la selección del contratista, que es estudiada por el Derecho Administrativo. Y no por el Derecho Civil o el Mercantil, donde no existe ese acto administrativo formal previo encargado de seleccionar al mejor cocontratante, aunado con la formulación de todas las obligaciones contractuales de tipo público y con su régimen obligacional, nada privado. Si bien es cierto, que se considera al acto administrativo como una auténtica pieza del derecho administrativo, y al contrato como una pieza propia del derecho privado, ese razonamiento sería totalmente inválido, pues legalmente el acto-contrato conforman el mismo procedimiento, y no puede llevarse a cabo bajo ningún concepto la escisión de dos términos que conforman una misma ecuación.

Como puede verse, el Estado no dispone de la libre elección de un contratista como competencia, siendo esa ciertamente la regla del Derecho privado ¿O acaso es necesario recordar que la Administración por el procedimiento, que es propiamente administrativo; de las obligaciones; de la calificación, positiva, o negativa, esencialmente con el punto relativo de la declaratoria de desertitud del procedimiento; ésta se ve despojada de esta susodicha libertad? No es necesario.

De tal modo, que ésta expresión jurídica constituye una *contradictio in terminis*. La expresión de la actividad administrativa estatal de Derecho privado no constituye ni siquiera un pleonasma jurídico, como pudiera creerse con la actividad administrativa sancionadora, ya que el monopolio del poder represor, lo posee el Estado.

Así, el arriba apelativo no es correcto o apropiado según el principio epistemológico de la no-contradicción, puesto que, sí toda la contratación pública es una actividad estatal, un conjunto potestativo procedimentalizado con la finalidad de pronunciar una decisión válida, legítima y eficaz ponderadora del interés general con los derechos subjetivos de

³⁷ Garrido, Fernando, "Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales" en *Revista de la Administración Pública*. N° 7. Madrid, 1952. Especial consideración con relación al presente punto, es a partir de la página 10 y siguientes cuando se menciona la imposibilidad de romper con el principio de autonomía de las partes por la Ley Laboral con disposiciones administrativas destructoras del equilibrio de las partes: Patrono-Trabajador, por parte del Estado-Administración Pública.

los comerciantes en el procedimiento de selección de contratistas, entonces carece de sentido entenderla, como un asunto de naturaleza privada, como un contrato suscrito entre dos sujetos de derecho privado, en que solo se requiere de la capacidad jurídica suficiente para realizarlo; la función, la competencia, la atribución, la potestad en un sentido *ius-publicista*, son todas dicciones patronímicas específicas para conocerlas como potestades graduativas de las distintas formas de mostrar los títulos potestativos de las distintas unidades estatales.

De ahí, que el autor FINGERMANN indique: solo son verdaderos aquellos conocimientos que podemos demostrar justificadamente, basándonos en otros conocimientos como verdaderos, de donde, si hay dos juicios, de los cuales uno afirma y otro niega la misma cosa, no es posible, que ambos sean verdaderos al mismo tiempo. Si uno de los dos juicios es, naturalmente verdadero, el otro juicio debe ser inevitablemente falso. Así, si pensamos como verdadero lo que es opuesto, ello sería igual que considerar como verdadero un pensamiento contradictorio³⁸.

La actividad administrativa estatal es del Derecho público. Así que, la actividad administrativa estatal no puede entrar en el derecho privado. Como consecuencia, no cabe la posibilidad de considerarse una actividad administrativa de derecho privado. Uno de los dos juicios es necesariamente verdadero, porque ambos no pueden ser negados al mismo tiempo. Con ello, se exceptuaría a un tercero innecesario, que viene siendo precisamente la expresión: actividad administrativa de derecho privado. Basta, que la vocación del fin del acto y el contrato esté presente en el contenido regulador de los dos actos jurídicos para crearla como del Derecho administrativo. Cabiendo la necesidad de preguntarse entonces, si algún acto administrativo tiene la vocación de satisfacer los intereses particulares por razones desinteresadas, o que un contrato de compraventa de una casa entre particulares satisfaga de alguna manera el interés general.

Entonces, si el anterior contenido administrativo no existe de manera lógica, queda que la actividad administrativa de las contrataciones públicas sea de derecho público o derecho privado. Pero ya fue explicado, que no es, ni puede llegar a ser Derecho privado. Así que, hay una actividad administrativa estricta del Derecho público, pues justamente, las contrataciones son potestades procedimentalizadas legislativamente para que la Administración la efectúe en beneficio de la colectividad, realizándose a la actividad administrativa de las contrataciones públicas forzosamente con el principio de identidad de la epistemología jurídica, como un título jurídico potestativo inseparable del cierto funcionamiento estatal en la racional utilización del patrimonio público

³⁸ Fingeremann, Gregorio, *La Lógica y la Teoría del Conocimiento*. 28ª Edición. Reimpresión. Editorial "El Ateneo". Buenos Aires, 1982, pp. 26 y 27.

para la conquista de sus objetivos. Igualmente acontece con la expresión actividad administrativa contractual, pues si la mencionada técnica, no es en esencia un contrato, o si su contenido no es un contrato, carece de sentido cuidar la denominación.

Lo que convierte a una potestad estatal como del Derecho Administrativo, o del Derecho Privado, no viene siendo solamente, la técnica, la noción, el posible contenido, la titularidad del referido medio de derecho, sino la institucionalización normativizada del fin apremiado como de interés general con el referido medio de derecho. Para la doctrina, el título es la juridificación del fin³⁹. Y eso ingresa precisamente, dentro de la lógica de juridificar a los medios utilizados por la Administración según la legislación: instituir un medio de derecho con una finalidad pre-determinada por el sistema jurídico.

Como diría brillantemente el acertado BREWER-CARÍAS: el Derecho administrativo, y por supuesto, el constitucional, es el derecho normal y específico de las mismas, de manera, que incluso algunas actividades sólo están sometidas al Derecho público. Sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividad de las administraciones públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, es decir, no hay actividad administrativa de derecho privado⁴⁰.

Y aunque, el mismo BREWER-CARÍAS dejó sentada la particularidad de la actividad administrativa contractual de las contrataciones públicas como posible sustitución de la nomenclatura de la actividad administrativa de Derecho privado en las contrataciones públicas –no así con el resto de las técnicas contractuales, donde en nuestra opinión persiste la dicción de la actividad administrativa de derecho privado– nos resignó con un patente abandono patronímico representativo de la recta teorización del procedimiento de selección de los contratistas que pudiere sustituir a la presente categoría jurídica, y que fue finalmente falseada, a los fines, de instituir una consonancia patronímica de la potestad administrativa de la unidad administrativa que selecciona al contratista, con

³⁹ De la Cuétara, Juan, "*Potestades Administrativas*". Temas Claves de la Constitución Española. Madrid, p. 138.

⁴⁰ Brewer-Carías, Allan, "La Interaplicación del Derecho público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo", cit., p. 56. Martín, Ramón, "La Sustantividad del Derecho Administrativo" en *Revista de la Administración Pública*. N° 52. Madrid, 1967, pp. 35-72. El autor expone: "Ahora bien, y esto es importante, la calificación de una actividad como de interés público, si bien consustancial a toda la obra de la Administración, no comporta automáticamente ni su presencia ni la aplicación a la misma de un régimen jurídico de Derecho público, es decir, que finalidades públicas directas o indirectamente reconocidas como tales, pueden cumplirse, a través de cauces de derecho privado, cuya utilización instrumental no puede en principio descartarse, si bien inversamente no sea admisible el empleo por la administración ni de normas privadas ni de públicas para fines exclusivamente de interés privado".

aquello que ésta efectivamente hace intelectualmente, al aplicar el derecho al asunto concreto según la nueva normativa de las contrataciones.

Y ello dentro de los análisis jurisprudenciales de la extinta Corte Suprema de Justicia, quien examinando la naturaleza del Banco Central de Venezuela, ésta argumentaba, que dicho órgano, tiene como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de Derecho privado comercial que rige la constitución, organización y extensión de las compañías anónimas. Profesándola como una especie de actividad administrativa de derecho privado, su creación y su constitución, cuando ésta, es una estructura organizativa estatal a quien fue encomendada ejercer una potestad, que es intensamente estatal, muy administrativa, como supervisar la economía nacional⁴¹. Un criterio material-regulativo de la potestad estatal de la que dispone normativamente.

De hecho sentencias del Tribunal Supremo de Justicia han recogido erradamente la expresión actividad administrativa de Derecho privado con las empresas estatales de lotería del estado Zulia, aunque, reconociendo algunas de las diferencias sustanciales existentes entre el Derecho público y privado para la actividad administrativa estatal, pero dejando a la diferencia doctrinal confeccionada por los estudiosos con ocasión a la contratación pública y privada en el olvido. Inclusive, la sentencia pronuncia que tal actividad de la lotería, de la ruletería, la quiniela y los pronósticos deportivos, pueden ser considerados como una actividad encargada de satisfacer el interés general según dicha ordenación especial de la materia; considerarlo, como un servicio público esencial, y que es capaz de mejorar su calidad de vida ante la reserva de la actividad comercial, como de pura esencia estatal⁴². Opinión que debería combatirse rotundamente, no sólo por razones jurídicas, sino morales. ¿Acaso, podrías ver al Estado fomentando la ludopatía?

Otra sentencia menciona, que la actividad administrativa estatal desarrollada a través del IAN implica una actividad administrativa de derecho privado, o contractual. Ello lía un entero vaciamiento sustantivo del contenido administrativo abocado en la búsqueda de un interés general, donde el fomento es una actividad administrativa, de fomento. El caso plantea que la actividad administrativa relacionada con el cobro de las garantías (la hipoteca) nacidas de la infracción de la obligación principal, es actividad administrativa de derecho privado; una tesis contradictoria, pues los Decretos-Leyes de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001

⁴¹ El artículo 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela vigente, considera a esa estructura organizativa, como un ente público de especial naturaleza jurídica. Inclusive nuestro ordenamiento constitucional así lo plantea en el 318 como una especie de instituto oficial autónomo, persona jurídica de Derecho público.

⁴² Sentencia N° 601 SC-TSJ del 14-05-2012. Caso Grupo Telemático de Lotería GTL. S.A. Magistrada Ponente Carmen Zuleta de Merchán.

y de 2010 son leyes administrativas⁴³, sin olvidar el criterio substancial de que la obligación principal posee una esencia eminentemente administrativa. En efecto, la hipoteca, como un elemento accesorio, vendrá siendo en esencia administrativo, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Hoy, domina la opinión, de que ambos tipos de Derechos: el administrativo y el privado, no son ámbitos materiales manifiestamente diferenciados, y aún opuestos, sino principios y criterios, que corrientemente suelen encontrarse combinados, aunque en diferentes proporciones dentro de la actividad administrativa estatal venezolana. Sin embargo, cuando se piensa con sumo cuidado el contenido de las diferentes actuaciones estatales, la primacía administrativa de la actividad administrativa de las contrataciones públicas: acto-contrato, que fue denunciada inicialmente, siempre está presente.

Lo que no puede conjeturarse, es que en la demarcación de aquello conocido como lo administrativo y lo privado, se convierta a la naturaleza de una reconocidísima potestad administrativa, como si ésta fuere en esencia de naturaleza privada ante el inexcusable interés general que debe perseguir ese accionar estatal, donde la titularidad de la potestad de seleccionar contratistas y de contratar del Estado no entra en porfías, en cuanto a su prohibida privatización, puesto que el interés público, siempre está presente.

Por último, y tomando un poco las ideas de RIVERO, se ve mal por qué razones una noción única y omnipotente, por así decir, debería dar cuenta de sólo el derecho administrativo, mientras que las otras ramas de Derecho ignoran ésta sistematización unificadora, y por qué, entre tantas catedrales sostenidas por pilares numerosos, se erigiría ésta única pirámide asida sobre su real base monolítica⁴⁴. Tanto así, que MARTÍN MATEO admitiendo la poca brillantez de los eclecticismos, expresa que debe convenirse que sólo, de una contigüidad de verdades parciales y complementarias se puede obtener una imagen satisfactoria del Derecho Administrativo⁴⁵.

III. El interesante caso de la actividad administrativa de fomento (entre otros)

Por último, el autor JORDANA DE POZAS considera a una categoría de actividad administrativa denominada como el fomento. Originalmente,

⁴³ Sentencia N° 57 de SC-TSJ del 14-08-2013. Magistrado Ponente Francisco A. Carrásquero López. Caso Familia Monteiro Vs Antiguo IAN.

⁴⁴ Rivero, Jean, "¿Existe-t-il un Critère du Droit Administrative?" en *Revue du Droit Public*. París, 1953, p. 292.

⁴⁵ Martín, Ramón, "La Sustantividad del Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública*. N° 52. Madrid, 1967, pp. 35-72.

la clasificación tripartita de los contenidos de la actividad administrativa estatal era: limitación, prestacional y fomento. En el primero, el Estado empleaba sus potestades de ordenación, dirección, supervisión y sanción para someter a los operadores restringiendo toda su esfera jurídico-subjetiva. En el segundo, el Estado provee bienes y servicios para la comunidad organizada ampliando la esfera jurídica-subjetiva de los administrados.

Con el tercer modo, se topa con una técnica mixta, donde por un lado restringe el derecho de la libre competencia, y por el otro lado, la técnica del fomento aumenta la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos con la finalidad de influir en un área económica concreta, a través de distintas técnicas interventoras bastante reducidas para fijar una orientación específica⁴⁶, pues con el fin de impulsar y estimular la realización de determinadas actuaciones de los ciudadanos, el Poder Público acude con frecuencia a ofrecer auxilios y ayudas de todo tipo⁴⁷. También, que es la actividad que consiste en estimular o ayudar una actividad privada de interés público⁴⁸.

Diferenciándose de “la potestad del servicio público” debido a la vinculación de ésta, con la erogación de una suma dineraria a los fines de prestar un servicio a los administrados, y de la potestad de la limitación –preventiva o represiva– debido a la vinculación de ésta con la restricción de un derecho fundamental por los órganos o entes públicos con la finalidad de proteger la esfera jurídica subjetiva de la colectividad.

Sencillamente, la actividad administrativa de fomento es: la acción desarrollada por la administración encaminada a estimular, a ayudar, y proteger las empresas y particulares cuyas tareas sean favorables al interés general⁴⁹, pues, a través de la actividad de fomento se trata de garantizar que una serie de actividades que se consideran relevantes para el interés público puedan desarrollarse por la iniciativa privada sin necesidad de convertirlas en servicios públicos⁵⁰.

Ahora bien, dicha actividad administrativa de fomento posee, una todavía irrefutable clasificación tripartita en: honorífico, jurídico, y económico-financiero. LARES añade el fomento técnico, debido a la asistencia técnica prestada por las autoridades estatales a empresas de interés general. Lo importante a los efectos del presente punto son las terceras, debido a la misma naturaleza jurídica de los medios de derecho

⁴⁶ Jordana Pozas, Luís, “El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa” en *Revista de Administración Pública* N° 4. Madrid, 1951, p. 241.

⁴⁷ Martín-Retortillo, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. Madrid, 1988, p. 446.

⁴⁸ Cosculluela, Luís et al, *Derecho Público Económico*. IUSTEL. 4º Edición. Madrid, 2011, p. 251.

⁴⁹ Lares, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*. UCV, 2002, p. 241.

⁵⁰ Cosculluela, Luís, cit., p. 251.

empleados para conseguir sus objetivos dentro de la vida política nacional, conforme con las premisas teleológicas incorporadas dentro de los actos administrativos encargados de incidir en la esfera jurídica subjetiva de los administrados, mediante los estímulos de carácter pecuniario creados para sectores específicos de la economía con una aceptación voluntaria y libre del beneficiado con el estímulo económico suministrado por el órgano o ente público creado, a los efectos de cumplir ese fin público perseguido por las autoridades con la colaboración del operador económico, quien decidió incorporarse al proceso de producción nacional para beneficiarse de su espíritu emprendedor.

Así, la referida actividad administrativa estatal de fomento económico-financiera disfruta de la siguiente clasificación: negativas y positivas. Las negativas consienten una ayuda de modo indirecto eliminando el cumplimiento de una obligación tributaria cualquiera como: la inmunidad tributaria, las exenciones, las exoneraciones, las rebajas, los desgravámenes, las admisiones aduaneras temporales, las moratorias de pago.

En cambio, las positivas otorgan una ayuda de manera directa, colocando a la disposición de un operador económico interesado y diferenciado como idóneo por la autoridad competente, de un apoyo económico para consumir un programa político-gubernamental cualquiera con la obligación de reintegrar la ayuda económica recibida después de un tiempo. Así, dentro de la presente subcategoría se puede encontrar a: las patrimoniales, y las dinerarias.

Las patrimoniales implican colocar a la disposición de un operador determinado mediante un procedimiento previo de selección, de un bien, o de una masa patrimonial, con la finalidad de que sean utilizados en el desarrollo de una actividad económica patrocinada por un programa político-gubernamental, por ejemplo, la licencia de la utilización de unos bienes de dominio privado de la Nación. Por otro lado, las dinerarias implican la transferencia de un capital a un operador económico favorecido mediante un procedimiento previo de selección, pero no instaurado en la libre concurrencia de los participantes. Teniendo entonces como claro ejemplo a la subvención. Y aquí entramos a disertar sobre el fondo del presente punto.

La subvención según PEÑA SOLÍS, es una técnica de fomento-económico-financiero destinado al desembolso de un aporte patrimonial de carácter dinerario por parte de la administración pública a título de fondo perdido, generalmente, con la finalidad de que el operador económico beneficiado realice una actividad económica personal, que debe

coincidir con un interés público tutelado por un órgano o ente público⁵¹. Luego nacerá, la tipología de la subvención: las primas, los premios, las becas, y los subsidios. La subvención importante a los efectos del análisis realizado es el subsidio.

La doctrina calificada dentro de la materia reduce los elementos configurativos de ésta técnica de la siguiente manera: **(i)** Es una atribución patrimonial; **(ii)** Es “a fondo perdido”; **(iii)** La toma un operador económico de carácter privado; **(iv)** La causalidad entre la atribución pecuniaria y el interés público que representa la acción, debe coincidir.

Nótese entonces, como evocando las anteriores ramificaciones dentro de la actividad administrativa de fomento, se halla una auténtica teorización de la mencionada potestad. Es una clasificación bien detallada, con una ordenación sistemática de las diversas manifestaciones de la potestad estatal con sus respectivas características, denotando un nombre cónsono con la naturaleza de la potestad estatal implementada, y finalmente, del contenido regulador incrustado dentro de la cavidad sustancial del acto administrativo emitido por la autoridad administrativa, cuando ésta constata la verificación del presupuesto fáctico obligatorio de la autoridad, a implementar dicho medio de Derecho público para cumplir con un fin inmanente del sistema jurídico.

La teorización de la actividad administrativa de fomento tropieza entonces, con una completa identidad patronímica de las ramificaciones con su tronco común, cuya naturaleza jurídica deviene de un nombre con una significancia relevante desde la base nominativa, hasta las diferentes subcategorías que quedaron envueltas en la noción potestativa del fomento.

Esa narración exhaustiva de la técnica subventora obedece a un interés de sana lógica demostrativa de la claridad conceptual incuestionable con relación a dicha potestad. Así, pues, la doctrina quiso diferenciar, o circunscribir, u ordenar, encasillar, clasificar y subordinar, categóricamente, todo un conjunto, o entramado de diferentes acciones administrativas frente a otras acciones administrativas de un mismo conjunto, conforme a las características comunes, que cada una de esas subcategorías comparten entre sí dentro de un determinado conjunto específico, pues todas ellas cumplen finalidades diferentes en el sistema venezolano, pero conforme a ciertas singularidades afines.

Naturalmente, la operación de clasificar significa simultáneamente diferenciar, así que concretar unívocamente un determinado conjunto

⁵¹ Peña, José, *Manual de Derecho Administrativo: Actividad Administrativa de la Administración Pública. De Policía, de Servicio Público, de Fomento, de Gestión Económica. Volumen III*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 266.

de acciones implica, asociar aquellas acciones comunes de aquellas, que no poseen esas otras notas comunes, sino diferentes de las primeras.

Los artículos científicos son coincidentes con lo anterior. Sin embargo, ellos no puntualizan el método implementado por los órganos o entes públicos para materializar eso indicado. Se sabe, que forzosamente se necesita de un acto administrativo formal. No obstante, la mayoría de los estudiosos del derecho no conocen de antemano como acontece esa concretización legislativa. Ni la teorización envuelta, ni como germinan los derechos y obligaciones entre las partes: órgano-ente y operador económico.

La relación jurídica germinada entre ambos proviene de la suscripción de un contrato entre el operador económico solicitante con un ente público, a los fines de invertir un dinero como si fuese propio para estimular la producción de un determinado rubro, o bien, considerado como de utilidad pública por parte del Estado, donde el beneficiario de la colaboración se compromete a devolverlo después de un considerable tiempo, conforme con los artículos 13.1, 13.2, 13.3, 13.4 del Decreto-Ley de Creación del Fondo Para el Desarrollo Agrario Socialista (DLCFDAS)⁵², por poner un ejemplo.

Las condiciones de contratación formuladas por la autoridad reguladora dentro de un determinado sector económico son uniformadas conforme con la normativa legal, reglamentaria, resolutoria, providencial y de carácter *ad-hoc* dentro de una determinada producción agrícola denominada: Condiciones Generales Aplicables al Financiamiento de los Proyectos Presentados por el Presidente del Órgano Rector, en un determinado rubro. Cada normativa de producción para cada rubro agrícola que se pretende producir, persigue paralelamente la regla técnica de las condiciones de contratación en materia de contrataciones públicas. Una analogía perfecta.

De esta manera, las administraciones públicas deberán hacer un plan estratégico y su gestión deberá realizarse de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia. De igual modo, el procedimiento de concesión de la subvención es ordinariamente por licitación, conforme a los criterios de selección establecidos en las bases, donde dichas bases deberán precisar, entre otros extremos, todos los requisitos que deben reunir los beneficiarios y el plazo y la forma de solicitar la subvención, el procedimiento de selección de los mismos con indicación de los criterios en los que debe basarse la selección, la cuantía de dinero a recibir, los fines a los que debe destinarse, las demás condiciones que debe cumplir el beneficiario, las infracciones y las sanciones y los

⁵² Gaceta Oficial N° 38.863 del 01-02-2008.

supuestos de reintegro de la cantidad recibida. Las bases deberán publicarse en el Boletín Oficial de la entidad concedente⁵³.

Así, las estipulaciones dispositivas dentro de dicho sector agrícola, o mejor dicho, las condiciones de contratación elaboradas por el órgano rector del ente regulador de los créditos agrícolas son elaboradas, a los fines de condicionar, correctamente, el derecho fundamental de la libertad económica de los operadores en su desenvolvimiento de producir los rubros necesarios para aprovisionar el importante mercado venezolano. La producción de los rubros agrícolas declarados como de primera necesidad por la autoridad estatal sería "la obra específica", por así decir, y que deben "construir" los agricultores (horticultura, fruticultura, silvicultura, etc.).

En otras palabras, ello ocurre de manera similar como acontece con el mundo de las contrataciones públicas, donde la Unidad administrativa que selecciona al contratista receta las condiciones contractuales, que serán completamente determinantes para el origen de las obligaciones contractuales, que maniobrarán la relación administrativa entre las partes intervinientes. De ahí, que se hable del carácter condicionado de la subvención, en el sentido de que aparece otorgada bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un decretado comportamiento, o realice una determinada actividad. La persona, pública o privada, beneficiaria de la ayuda no tiene nunca libre disponibilidad, dado que, por el carácter finalista de ésta, está comprometido a determinadas obligaciones: a realizar la actividad; a acreditar su realización; a someterse al control administrativo; a informar sobre la obtención de otros tipos de ayudas, o subvenciones otorgadas para la misma finalidad.

De no satisfacerse, el fin de la subvención procede a su devolución⁵⁴. Quedando así, dentro de la esfera jurídica subjetiva del operador económico, determinar, si estas futuras estipulaciones contractuales reguladoras de la relación administrativa, valen la pena aceptarlas, con la finalidad de recibir la ayuda económica. Hay, una naturaleza contractual tras la técnica subventora, que necesita surgir de un acto necesitado de aceptación, del que nace un derecho de crédito del beneficiario frente a la administración otorgante.

Por supuesto, existen ciertas diferencias. La unidad administrativa que selecciona al contratista no consume con su función reguladora de modo durable ante la naturaleza consuntiva del objeto contractual, a diferencia de la autoridad reguladora de la creación de alimentos, que

⁵³ Cosculluela, Luís, cit., pp. 254-255.

⁵⁴ Martín-Retortillo, Sebastián, "La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen Jurídico de Subsidios Y Subvenciones Administrativas" en *II Jornadas Internacionales en Honor a Brewer-Carías: Las Formas de la Actividad Administrativa*. FUNEDA. Caracas, 1996, pp. 233-234.

permanentemente debe promover la producción de alimentos por tratarse de un propósito de interés nacional, así como también, que la unidad administrativa que selecciona al contratista es una autoridad *ad-hoc* en las contrataciones públicas de un determinado objeto contractual (construcción, suministro o prestación), mientras que el órgano rector encargado de la promoción de la productividad agrícola no; pudiendo intervenir en cualquier tipo de rubro eficaz: vegetales, frutas, flores, etc., y de modo indiferente, cuantas veces quiera, y con relación a un número indeterminado de operadores económicos, de modo simultáneo, y por el tiempo que quiera, mientras el Congreso no decida suspender la asistencia económica a pequeños productores.

Naturalmente, todas las contrataciones públicas están ordenadas, sistematizadas conforme con el principio de la libre concurrencia de los operadores económicos dentro de un concurso voluntarial. La técnica de intervención estatal dentro de la economía del fomento-subsidio también, pues el principio de concurrencia entraña el otorgamiento de las subvenciones (subsidios) en un trámite de carácter competitivo, que la LGP española denomina concurso, donde las diferentes solicitudes son presentadas en un plazo único que se valoran y resuelven en un solo acto, otorgándose la subvención al peticionado o peticionarios, que ostenten mayores méritos u ofrezca mejores condiciones⁵⁵. De allí, que el acto emitido sea un acto bifronte en sentido estricto, pues el acto definitivo produce un efecto favorable y desfavorable de modo simultáneo sobre varios operadores económicos que estuvieron en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la subvención.

Igualmente, como acontece dentro de las contrataciones públicas, y conforme con la teorización del fomento-económico-financiero de la subvención, el órgano rector podrá emplear sus potestades inspeccionarías para constatar el cumplimiento efectivo de las condiciones de contratación convertidas en Ley por las partes intervinientes con la suscripción del contrato, que valiera la pena reflexionar, sarcásticamente, si es un contrato de derecho público o uno de derecho privado. Un aspecto controversial, que nunca fue doctrinariamente planteado. Encontrando así, otra enorme similitud de la situación doctrinal con los contratos públicos de las contrataciones públicas con la ejecución de obras, el suministro de bienes y la prestación de servicios, que son razonadas categóricamente, como tres de las tantas formas de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual.

En este sentido, la doctrina venezolana no considera a la mencionada potestad del subsidio como una actividad de derecho privado, o contractual, sino como una submodalidad de la actividad administrativa

⁵⁵ Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo. Tomo II*. CEARA S.A. Madrid, 2002, p. 362.

de fomento, debido a la gran teorización existente con relación a la esencia jurídica de las ayudas económicas de carácter dinerario recibidas del ente gubernamental para estimular la producción privada nacional.

Para PEÑA, en efecto, dichas variables siguen estando vinculadas a un elemento positivo (de corte teleológico), que no es otro que promover determinadas actividades de los particulares, cuya realización resulta muy importante para el interés público o general, y a un elemento negativo (o metodológico), dado que las referidas actividades de promoción, o estímulo, no excluyen formalmente, a todo tipo de técnica control, coacción, o limitación de los derechos de los particulares⁵⁶. Aunque, ésta técnica de intervención estatal, límite el derecho subjetivo de la libre competencia de los operadores económicos que no son sus beneficiados, ni requieren de ayudas económicas para producir en términos rentables, pues el contenido regulador del acto en cuestión, es favorable para el administrado solicitante de la ayuda económica, que finalmente, éste tendrá que suscribir un contrato con ente crediticio estatal para materializar la orden del acto administrativo.

Nótese lo extraño entonces, con relación a la anterior potestad administrativa estatal. No es considerada como una actividad administrativa de derecho privado, ni contractual. Y ello acontece en nuestra opinión, porque existe toda una teoría general relacionada con la aludida potestad –aunque no con estudios serios, vigentes, y propios– su procedimiento, su acto definitivo y contenido, y la manera como la ejecución de la medida económica incide en la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos beneficiados de tal ayuda, así como, quienes son maltratados en su esfera jurídica con relación al derecho de la libre competencia, porque los productores no-beneficiados de la técnica utilizan su propio capital para producirlos, o capital proveniente de la banca privada, y con regímenes obligacionales nada preferenciales. Encontrándonos entonces, con una mengua injustificada (moralmente mayor a los auxiliados de la ayuda estatal).

La doctrina foránea a través del autor JORDANA decidió denominarla fomento –título aceptado aquí– precisamente, porque detrás de la decisión del ente gubernamental existe una política estatal de naturaleza económica orientada a la consecución de la producción nacional de un determinado sector de la vida económica de la nación. Asimismo, la teoría general de la actividad administrativa venezolana reconoce con la expropiación por causa de utilidad pública o social, la posibilidad de un acuerdo amigable que facilita la implementación de la indicada técnica de intervención estatal en la economía. El citado acuerdo constituye la primera opción para poder aprovechar la privación del derecho de propiedad de un determinado operador económico. Cuando ese acuerdo

⁵⁶ Peña, José, cit., p. 243.

mutuo amigable no pueda acordarse, el ente político-territorial manejará la diferencia irreconciliable ante los tribunales administrativos competentes con la finalidad de materializar la medida.

Igualmente, la teoría general de la actividad administrativa venezolana reconoce con las reservas económicas sucesivas, la posibilidad de un acuerdo amigable que suministre la ejecución voluntaria o concertada de la indicada técnica de intervención estatal dentro de la economía. El mencionado acuerdo constituye la primera opción para poder emplear la privación de los derechos constitucionales de carácter económico de la propiedad y de la libertad económica de los afectados. Cuando dicho acuerdo amigable no pueda concertarse satisfactoriamente según los instrumentos legislativos correspondientes, entonces el ente manejará la diferencia irreconciliable con el operador económico ante los tribunales administrativos a los fines de materializar la medida como si fuera una expropiación.

Igual sobreviene con la compensación tributaria, porque ésta figura posee la forma de la técnica contractual. De tal modo, que pide de un acto administrativo previ: (la resolución culminatoria de la determinación de la obligación tributaria); una nota crucial del tema que debiera considerarse un principio, pues carece de sentido acordar la compensación de la obligación tributaria que no fue determinada antecedentemente mediante un procedimiento de fiscalización tributaria (determinación de la obligación tributaria de oficio), o determinación de la obligación tributaria (determinación de la obligación tributaria contenciosa).

Ninguno de los casos administrativos insinuados, y que implican la concreción de tales medidas económicas por un “contrato privado” son conocidas como actividades estatales de derecho privado, o contractual. La primera potestad procedimentalizada es denominada como la actividad expropiatoria, con su típico acto expropiatorio. El segundo caso, mucho más liado por su naturaleza interfuncional (las tres ramas tradicionales del poder público participando en la implementación de dicha medida) requiere de un contrato de derecho privado. Sin embargo, las medidas insinuadas no están incorporadas en la nominativitas de la actividad de derecho privado, ni contractual. Y la tercera muchísimo menos. En cambio, éste último encuadra forzosamente con la actividad inspeccionarial (fiscalización tributaria), que está enmarcada en el modo de la actividad de limitación.

Como puede observarse, el contrato privado normativizado (constitución, ley, como cimiento de actuaciones últimas) busca únicamente, la posibilidad de emplear una potestad fundamentalmente ablativa de una manera resuelta, democrática, económica y de un modo poco conflictivo, en los dos primeros casos. No así con la compensación tributaria,

quien disfruta de una función totalmente diferente dentro del entramado de relaciones económicas de los operadores económicos.

Aunque, ello queda en la práctica totalmente desvirtuado por la presencia de una fuerte oposición de los operadores económicos afectados por la medida. La teoría de la actividad administrativa considera poco probable considerar la potestad expropiatoria como incorporada en el área de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual. Eso es seguro. La doctrina de la técnica expropiatoria está afinadamente consolidada y con muy pocas cosas que añadir dentro de su *compositum* conceptual.

Distinto acontece con el mundo de las contrataciones públicas. Ya que nadie se ocupó sensatamente del estricto contenido de dicha potestad, puesto que ella nunca fue diferenciada nominalmente de las restantes, sino que ella simplemente fue encasillada, inscrita, como aquello que pide de una técnica contractual cualquiera (de ahí entonces su denominación), sin necesidad de cuestionar, ni de esclarecer, ni de distinguir, ni de diferenciar, ni de identificar, a la auténtica naturaleza jurídica-material de la potestad implementada para producir dicho acto jurídico definitivo de la unidad administrativa que selecciona al contratista, cuando ésta selecciona a los contratistas: la calificación, positiva (adjudicación de la buena pro), o negativa (declaratoria de la desertitud del concurso). La denominación de actividad administrativa contractual indica sencillamente de una manera equivocada, que el acto administrativo de la unidad administrativa que selecciona al contratista produce un contrato.

El tratamiento doctrinal nominativo siempre estuvo dirigido a las diferentes técnicas contractuales (partícula final de la actividad administrativa estatal en cuestión), así como a las modalidades procedimentales (concursoales) atañidas con la actuación jurídica final de los órganos o entes públicos dentro del fenómeno contractual, a los fines de manifestar como el cumplimiento del procedimiento tipificado podía lograr la firma del contrato público de modo válido. Sin nunca, finalizar, el entramado teórico que iniciaban con su actuación última (el contrato) hasta el tronco común de las diferentes técnicas contractuales tipificadas normativamente para circunscribirlas en ciertas categorías, y que patronímicamente involucraban a la naturaleza jurídica de tales procederestatales con un acabado teórico suficientemente detallado.

Tanto así, que pasaron décadas analizando el contrato como un acto jurídico, pero no como un fruto del ejercicio de una potestad administrativa estatal de la cual la administración pública era naturalmente su titular. Prueba de ello, es la afirmación de PEÑA cuando indica: la existencia de actividades de administración pública que no son emanadas en ejercicio de potestades administrativas, y están sujetas a un régimen legal preeminentemente de Derecho Privado, y es en ese sentido, que

desde el punto de vista didáctico se puede sostener, que pese a ser actividades de la administración, no encuadran dentro del concepto de función pública⁵⁷. Encontrándose entonces con la sucesiva incógnita ¿Cómo la doctrina española formula el proceder estatal de las técnicas de intervención estatal dentro de la economía como sinónimo de potestad, de tal modo, que incluye a las empresas estatales como una de ellas?⁵⁸

Si la doctrina consideró importante incorporar a la técnica económico-financiera de la subvención dentro de la categoría actividad administrativa del fomento, conforme con una lógica sistemática de conceptualización de las técnicas de intervención estatal, obedeciendo a los elementos comunes que posee frente a las demás técnicas económico-financiera, jurídica y honorífica del fomento, debería realizarse necesariamente, el mismo análisis sistemático en las contrataciones públicas. Y aunque, pudiese formularse la declamación de: procedimiento de selección de los contratistas, que no estaría mal, ella sería una mención patronímica mucho más teleológica, que sustancial, revistiéndola de una deficiencia muy reduccionista del fenómeno estudiado, que puede emplearse también, con los restantes cauces administrativos contractuales. Nótese inclusive como teleológicamente –donde el fin forma parte del contenido del acto– que el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos indica al cauce de remate de bienes. Patronímicamente lo diferencia por un lado, de los procedimientos de selección de contratistas, mientras que por el otro, los dos son incorporados como un mismo fenómeno contractual.

Por si ello fuera poco, la doctrina jurisprudencial debería estudiar el modo de diferenciar nominalmente la actividad administrativa de las contrataciones públicas de otras actividades administrativa “de derecho privado” o “contractuales”, incorporándola como una actividad administrativa estatal material más, y no como una actividad administrativa estatal indeterminada materialmente, cuando coexisten otras actividades administrativas estatales, tales como: limitación-sancionadora, la expropiatoria, el fomento, planificación, diferenciadas materialmente entre sí.

En este sentido, no se entiende, como el mote de la pseudo-categoría: actividad administrativa de derecho privado, o contractual todavía existe, ni tampoco la potencial frase del acto administrativo de derecho privado, o de acto administrativo contractual, cuando ella nunca especifica, ni puntualiza, ni delimita, ni concreta sustancialmente, absolutamente nada concerniente con la indicada declaración unilateral de la unidad administrativa que selecciona al contratista, aunque concurra

⁵⁷ Peña, José, cit., p. 37.

⁵⁸ Bermejo, José, *Derecho Administrativo (Parte Especial)*. Cuarta Edición. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1999, pp. 69 y 909 y ss. Cfr. Artículos 128.2 del ordenamiento constitucional español y 300 del ordenamiento constitucional venezolano.

una cierta teorización, que todavía no está consolidada acerca de la aludida “potestad administrativa de derecho privado” en las Contrataciones públicas. O pudiéramos imaginar, un acto administrativo con forma privada (contrato), o, con un contenido privado. Ello no es posible. A lo sumo, repetimos, sólo podemos encontrar, una orden de contratar como contenido regulador. Y nada más.

Teniendo así, que la función primordial de toda la doctrina científica, y de la doctrina jurisprudencial, deba hacer abstracción del caso concreto (la legislación) para avanzar en la construcción de un Derecho público moderno, puesto que el pensamiento jurídico-administrativo no puede detenerse nunca en la mera dimensión individual, o en las medidas unilaterales de importante suceso, sino que, el Derecho Administrativo debe inevitablemente encontrarse orientado para hacer suyos con una superior profundidad, amplitud y precisión, los fenómenos jurídicos de pequeña, media y superior graduación. O dicho de otra manera, a los fines de incorporar el nacimiento de una nueva categoría jurídica, y los importantes nuevos procesos informativos que en tal sentido se pudieren generar.

Se topa con nuevas categorías jurídicas de antiguos sectores jurídicos, donde el Derecho administrativo se hace presente como un Derecho Objetivo, y que es capaz de impregnar las antiguas estructuras, y no a través solo, de una acabada posición doctrinal, que estaciona una determinada categoría sin haber delimitado con suma precisión, todos los límites de la nueva categoría jurídica con las restantes categorías con quienes encuentra la noción, una conexión fronteriza inevitable, y que contribuyen ineludiblemente a identificar su auténtica esencia, diferenciándola así, de las restantes categorías, como cuando uno coloca la nueva noción jurídica dentro de un mapa o un plano arquitectónico de conceptos, donde cada figura o noción es un concepto jurídico del Derecho Administrativo. Si encontramos un solapamiento de figuras, o mejor dicho, de conceptos sobre conceptos, o de figuras jurídicas conexas, entonces tendremos, que el concepto, está sencillamente, mal elaborado.

El Derecho Administrativo, dice SCHMIDT-ASSMAN: no puede concebirse como un exclusivo sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado. La vertiente de la defensa o la libertad resulta insuficiente. Los fines y objetivos del Derecho administrativo van mucho más allá de dispensar, en la mayor medida posible, la mejor garantía constitucional a favor de las situaciones jurídicas que fueron consolidadas ante la inherencia de los poderes públicos⁵⁹.

⁵⁹ Schmidt-Assman, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: El Objeto y la Fundamentación de la Construcción Sistemática*. Instituto

En efecto, el Derecho administrativo no puede ocuparse exclusivamente en proteger un individuo singularmente considerado, conforme con la fundamental premisa lógica de carácter Hegeliano del carácter antitético de la coerción estatal y la esfera jurídica-subjetiva de los administrados, cuando éstos se relacionan con las autoridades administrativas, sino como una Ciencia del Derecho cuyos conceptos son depurados de cualquier contradicción con el resto de los conceptos jurídicos que forman el sistema jurídico-administrativo, en este caso, del Derecho venezolano.

Tanto así, que del Derecho administrativo surgieron un conjunto de conceptos legales, que moldeados enteramente por los principios jurídicos recogidos en los textos constitucionales, surgieron una serie de conceptos, que en el fondo, eran, garantías de los derechos, tanto de nacionales como extranjeros; y del funcionamiento del Estado, e incluso de un acomodo de categorías puramente extranjeras, básicamente francesas, residualmente alemanas, y solo una nórdica: el *Ombudsman*. De este modo, la Administración venezolana como la *potentior personae*, germina desde la construcción de la ciencia administrativa venezolana, y especialmente desde nuestra legislación y los reglamentos ejecutivos, y al margen de una norma constitucional principal como es, el artículo 141 constitucional. Cuando de hecho, el Derecho administrativo trata de alguna manera de reconducir al máximo el Estado real al modelo de Estado de Derecho con solo, los mimbres de la técnica jurídica⁶⁰.

Una cosa es, la doble idea cardinal de carácter práctico de la disciplina científica del Derecho Administrativo como ordenador, limitador, disciplinador y racionalizador del Poder Ejecutivo con una nuclear razón de estado orientada hacia el bienestar de los ciudadanos, al mismo tiempo que, la eficacia, la eficiencia y efectividad de la acción administrativa, y otra, la idea teórica fundamental del Derecho Administrativo como una ciencia ramificada del Derecho en general, encargada completamente de garantizar, la adecuada observancia de los objetivos científicos de la respectiva rama del derecho, pero ésta vez, como una ciencia del derecho, pues toda rama del derecho como subcategoría científica del derecho en general, debe aspirar a la eficacia, a su efectividad conceptual. Esto último parafraseando a SCHMITTD-ASSMAN.

De ahí, que la ciencia del derecho no pueda conformarse únicamente con la mera construcción dogmática de sus técnicas, sus categorías y sus normas jurídicas, sino que ésta debe ocuparse necesariamente, asimismo, de todas las condiciones y presupuestos técnicos necesarios para que lo indicado anteriormente sea efectivo, y eficaz, en un

Nacional de Administración Pública (INAP). Traducción Colectiva. Madrid, 2003, p. 25..

⁶⁰ Cfr. Parejo, Luciano, *Crisis y renovación del Derecho Público*. CEC, Madrid, 1991, pp. 30-32.

plano práctico, y también conceptual dentro del universo de las contrataciones públicas venezolana como instituta, u objeto de estudio preferencial de los estudiosos con el Derecho Administrativo.

De este modo, el Derecho Administrativo debe ocuparse también por la creación incesante de nuevos conceptos, esto es, la elaboración de conceptos jurídicos; ya que en la elaboración de los mismos es necesario apegarse a la dialéctica⁶¹ que ve en la lógica formal y en las ciencias exactas (como las matemáticas) su más alta expresión. Esta metodología se aplica, con rigidez, tal y como si se tratará de un silogismo, de un sistema de ecuaciones. Advirtiendo que la idea es crear de la forma más exacta posible, sin crear poesía jurídica.

En este sentido, para la creación de los conceptos jurídicos en un sistema jurídico que es estático, frío, cerrado, alejándose totalmente de la vida social y sus consecuencias⁶², la dialéctica jurídica, a través del método jurídico, crea la expresión más clara de la técnica jurídica, apoyada en los diversos aspectos de las instituciones por analizar. De esta manera, el concepto es depurado lógicamente y gramaticalmente⁶³, en vista de que estos se constituyen, tomando en cuenta los siguientes principios metodológicos y técnicos:

(i) *Sistematización*. Los conceptos jurídicos se crean de los conceptos jurídicos previamente elaborados. Estos conceptos forman un sistema jurídico, que significa: “el desarrollo de una unidad en una variedad que, de este modo, es conocida como conexión de sentido”⁶⁴. El sistema para la dialéctica conceptual es la pirámide de conceptos. Es la expresión más clara de la técnica y de la plenitud del derecho⁶⁵. El sistema permite, que todos y cada uno de los conceptos se encuentren relacionados en armonía, sin antinomias. A través del sistema, los puntos más distantes, las diferencias y analogías más sutiles se hallan completamente unidos⁶⁶. Los conceptos generales y particulares se enlazan, porque son parte del sistema. Y esa es una idea elemental, que viene desde el siglo XIX alemán con la jurisprudencia de conceptos de IHERING, y que dio nacimiento al Código Civil alemán de 1900 y su consecuente teorización.

⁶¹ La dialéctica es entendida por la jurisprudencia de conceptos como “el apartamiento de cualquier contacto con la realidad”. *Ibidem*, p. 289.

⁶² Ihering, Rudolf von, *La Lucha por el Derecho*. Dykinson. Madrid, 2018.

⁶³ Magallón, Jorge Mario, *La Senda de la Jurisprudencia Romana*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000, p. 64.

⁶⁴ Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 2a. Ed. Ariel. Madrid, 1980, p. 39.

⁶⁵ Esta concepción de sistema jurídico es desarrollada posteriormente por el gran jurista alemán Kelsen.

⁶⁶ Ihering, Rudolf von, “La Jurisprudencia de Conceptos en Rudolf von Ihering”, en Casanovas, Papeu y Moreso, José Juan (comp.), *El Ámbito de lo Jurídico; Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid, Grijalbo, 1994, pp. 98 y ss.

Así, la coherencia es básica para entender dicha concepción sistemática del derecho. Los preceptos jurídicos se caracterizan por la unidad, totalidad y coherencia. Cada norma no puede entenderse aisladamente. De ella, depende una multitud de secuelas jurídicas y de conceptos que se encuentran en la base de la pirámide del sistema o en la cúspide.

(ii) *Concentración lógica de materias.* Mediante esta técnica se buscó concentrar los conceptos jurídicos atendiendo a la materia de estudio. En este sentido, se busca la concisión y precisión de las instituciones relacionadas. Esta ordenación es tomada en cuenta para la elaboración tanto del Código Civil francés como para el Código Civil alemán, y en opinión de este humilde investigador, debería ocurrir lo mismo con el Derecho administrativo venezolano.

El orden lógico de los conceptos forman una institución, y el conjunto de éstas de una misma materia, da origen a la codificación. La codificación constituyó un instrumento admirable, que sentó las sólidas bases para que la familia de derecho romano-germánico se unificara y sirviera de modelo para la legislación civil de otros países. Y de igual manera con ciertas leyes europeas, para dicha región, y luego Latinoamérica.

El objetivo de la codificación es ser la única fuente del derecho sistemática creada por los legisladores, y ya que la ley y el reglamento de contrataciones públicas constituyen lo más próximo a un cuerpo normativo coherente en la materia, entonces, lo normal será partir de la premisa lógica que articula dicha regulación, para crear una teorización propia para esa instituta del derecho administrativo. Ese bloque normativo de ley y reglamento, es el conjunto de normas abstractas y generales capaces de resolver todos los asuntos que se plantearán ante la Administración Pública y los tribunales. En efecto, la labor jurisdiccional se limitaría sólo a la aplicación de los conceptos normativos, tal y como si realizarán una suma donde el resultado siempre, es el mismo, sin posibilidad de interpretar la ley: esa es la intención, aunque en muchísimos casos, en la mayoría de ellas, no se logre⁶⁷. El efecto que buscó la dialéctica falsacionista es eliminar el arbitrio judicial.

(iii) *El uso adecuado del lenguaje jurídico y común.* Al construir los conceptos jurídicos se aprovecha el lenguaje común con maestría y exactitud. Las reglas ortográficas y de sintaxis son empleadas correctamente, logrando con ello, claridad y sencillez en la ley. Aunado a ello, se encuentra la utilización aprobada del lenguaje técnico, propio de la ciencia del derecho.

⁶⁷ Caballero, José Antonio, "La Codificación y el Federalismo Judicial", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. vol. XIV. México D.F., 2002, pp. 13 y 14.

Cuando los conceptos están bien escritos no hay dificultad en su aplicación. Más aún, no hay lugar para la interpretación, porque todo está establecido con suma claridad y precisión. Si los conceptos no reúnen esas características entonces los juristas tienen que reconstruirlos, hasta perfeccionarlos. Utilizando siempre los principios de la ciencia. Decía IHERING que “en el cielo de los conceptos domina sólo la ciencia pura, la lógica jurídica y la condición para que domine, y toda la soberanía que de ella se desprende, consiste en que no tenga nada que ver con la vida”, así “los conceptos jurídicos son: científicamente sanos, conceptualmente puros y correctamente lógicos”⁶⁸. Por ello, cuando un concepto o categoría no reunía estas tales características, debía ser reconstruido, o incluso, desechado.

IV. La función del juez en la dialéctica o en la jurisprudencia de conceptos

Si partimos de la premisa de la perfección de los conceptos, entonces la función del juzgador sólo es mecánica. No hay lugar para la interpretación, no hay lagunas en la ley, no existen contradicciones, puesto que este es un sistema completo. El juez tiene que aplicar los conceptos jurídicos al igual que sí hiciera una operación matemática o lógica concebida como un tipo de revelación de los conceptos existentes.

El juez no tiene por qué formular nuevas normas, ni cambiar las categorías existentes en la legislación, pero, ya que la legislación fue más allá del simple abordamiento doctrinal, al que fue objeto tras su promulgación, lo responsable sería transitar a una nueva fase que permitiera, adaptarse a las nuevas regulaciones administrativas. Los conceptos son fijados desde el principio, y por ello, no se requiere apelar a decisiones futuras que deba crear el juzgador para aplicar el derecho. Los conceptos son creados, de tal modo, que su aplicación o inaplicación en los casos concretos están fijadas desde el comienzo. “Todo sería conocido de antemano mediante la regulación”⁶⁹. Por tanto, no podemos hablar de arbitrio del juzgador ni de los métodos de interpretación. “La tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones con base en las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos”⁷⁰. La aplicación de las normas no es una actividad científica de elaboración o integración del derecho, sino más bien, es la técnica o mecánica aplicada. No obstante, la función de los juristas sí, es estudiar las nuevas normas, o, contrastar las viejas categorías con las nuevas

⁶⁸ Ihering, Rudolf von, cit., p. 254.

⁶⁹ Hart, H. L. A., *El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna*, 1994; Casanovas, Papeu y Moreso, J. J. *El Ámbito de lo Jurídico; Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Barcelona, 1994, p. 114.

⁷⁰ Nino, Carlos Santiago, cit., p. 26.

regulaciones, para de esa forma, cuidar una cierta vigencia de la teoría con la enseñanza.

Conclusiones

Los argumentos esgrimidos en esta crítica tienen como base la imposibilidad de crear una norma jurídica, pues esta ya existe en el bloque normativo de las contrataciones públicas, pero si, por supuesto, desconstruir dos ambiguas categorías doctrinales del derecho administrativo, para luego, sobre la base de los anteriores razonamientos, crear una nueva categoría jurídica, a través de los conceptos abstraídos de la realidad. El derecho es un claro producto de la realidad y el jurista no puede alejarse de ella. El Derecho administrativo está en constante cambio, debido a que su objeto de estudio es la conducta de la administración en sociedad, sociedad que en sus perennes relaciones con los administrados, se encuentra en constante evolución. Los escenarios sociales, culturales, económicos existentes, influyen directamente en el derecho, ya sea en su elaboración, integración, aplicación y ejecución.

Al respecto, RECASÉNS SICHES señala: Ningún código, ninguna compilación, ni ninguna ley, de una época o de un pueblo cualquiera, podrán ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas de ese pueblo y de esa época. Sólo por virtud de ese conocimiento podemos explicarnos la existencia de esas normas de derecho y comprender su significado⁷¹.

La lógica no puede sustituir nunca a la realidad, no puede ser fuente del derecho. Pero, los conceptos ordenadores de la ciencia jurídica sólo pueden concebirse como criterios representativos que permiten solucionar conflictos⁷², de otra forma, los conceptos creados sin ese objetivo, no tienen razón de ser.

En la vida académica y profesional, la lógica y el método son de gran importancia, sin embargo, encuentran en la realidad su fundamento, ¿para qué crear normas, categorías lógicas y estructuradas, si no tienen por objeto prever la solución de conflictos que se presentan en la realidad y en práctica judicial? La falsación se equivocó a tal grado que TRUYOL dice: "El pueblo y el derecho caminaban separados; el Estado y el derecho no construían una unidad orgánica, y la ciencia jurídica no contribuía en nada a detener este funesto proceso"⁷³.

⁷¹ Recaséns, Luís, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. FCE. México D.F., 1956, p. 45.

⁷² Mozos, José Luís de los, "Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno". En *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1977, p. 136.

⁷³ Wolf, Ernst-Truyol, Adolfo (SA) Rudol von Ihiering, Otto von Gierke. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, p. 83.

Ésta es justamente la crítica que acaba con esta corriente de pensamiento y la que inspira a IHERING a destruirla cuando escribe en el cielo de los conceptos en tono irónico: “la realidad es como el cordón umbilical en los niños: cortándolo, el concepto queda para siempre desligado de la realidad, como el feto, adquiere vida propia, queda abolida la realidad y el concepto existe por sí mismo”⁷⁴. ■

⁷⁴ Ihering, Rudolf von, cit., p. 291.