

III. IBEROAMERICANA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela

I. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES.—II. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA INTERAPLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO.—III. REFLEXIÓN FINAL: EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA DESDE LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

En 1960, hace ahora cincuenta años, ingresó al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela como Auxiliar de Investigación el entonces estudiante Allan R. BREWER-CARÍAS. Ese año publica también su primer artículo jurídico. Se daba inicio, de esa manera, a una larga carrera académica que se extendería por Venezuela y por muchos otros países. Pues con razón expuso Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en 1990, que BREWER-CARÍAS «ha sido promotor de una toma de conciencia común sobre el Derecho Público en todo el continente»¹.

El cincuenta aniversario de la vida académica de Allan R. BREWER-CARÍAS es ocasión propicia para analizar, sumariamente, la influencia que su obra ha tenido en el concepto de Derecho administrativo en Venezuela. Pues en ese país el Derecho administrativo no ha escapado de la incesante búsqueda, desesperante las más de las veces, de un concepto, si no único, al menos sí esclarecedor de una disciplina, de por sí, bastante maleable².

La obra de Allan R. BREWER-CARÍAS ha marcado al Derecho administrativo en Venezuela con dos características que lo distinguen, a veces en oposición, con el concepto de Derecho administrativo en otras latitudes: el concepto de Derecho administrativo desde el principio de separación de poderes, y el

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Prólogo» al libro de Allan R. BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990; tomado de *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pág. 41

² Tarea común en el Derecho administrativo comparado. Sin pretensión alguna de exhaustividad, pueden citarse los trabajos de Massimo Severo GIANNINI, *Derecho administrativo*, tomo I, Instituto de Administraciones Públicas, Madrid, 1991, págs. 95 y ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», en *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, págs. 11 y ss., y George VEDEL, «Les bases constitutionnelles du Droit Administratif», en *Études et Documents*, Conseil d'État, Paris, 1954, págs. 22 y ss.

concepto de Derecho administrativo desde la interaplicación del Derecho público y el Derecho privado.

En esta breve crónica nos proponemos revisar ese concepto desde la obra de Allan R. BREWER-CARÍAS, a fin de evidenciar las singularidades que lo caracterizan, detallando además la vigencia de este concepto en el ordenamiento venezolano *actual*, a través de la muy reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, promulgada en junio de 2010. Que la obra de BREWER-CARÍAS ha calado muy hondo en la estructura jurídica venezolana puede evidenciarse con el estudio de esa Ley, que parte precisamente de las ideas centrales que sobre el Derecho administrativo ha venido sosteniendo BREWER-CARÍAS. Honda huella, sin duda. Tal ha sido esa impronta que ni siquiera el deterioro del Derecho administrativo en Venezuela en los últimos años —signado cada vez más como un Derecho a favor de la prerrogativa— ha permitido borrar o desplazar esa influencia, al menos en la concepción formal de la justicia administrativa³.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El primer concepto de Derecho administrativo es aquel que lo residencia en un concreto órgano del Estado, a saber, el Poder Ejecutivo. El Derecho administrativo es, así, el Derecho del Poder Ejecutivo. Esta definición es limitada todavía más al sostenerse que es el Derecho del Poder Ejecutivo obrando en ejercicio de potestades administrativas⁴.

Incluso en los análisis desarrollados en el Derecho español en torno al concepto orgánico de Derecho administrativo y el concepto estatutario, la referencia al Poder Ejecutivo es ineludible. Por ello, tiende a limitarse el concepto de Derecho administrativo y de Administración pública a la actuación del Poder Ejecutivo, atemperando el alcance de la actividad administrativa que despliegan otros órganos del Poder Público, en concreto el Poder Legislativo y el Poder Judicial⁵.

³ El propio BREWER-CARÍAS resume esta situación del Derecho administrativo y de la justicia administrativa en «Introducción a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, págs. 9 y ss. Debemos advertir que la Ley presenta algunas deficiencias importantes, pero en todo caso aquí queremos sólo analizar cuál es su ámbito de aplicación, que coincide con el concepto de Derecho administrativo de BREWER-CARÍAS.

⁴ En España, entre otros, Rafael ENTRENA CUESTA, «El concepto de Administración Pública en la doctrina y el derecho positivo españoles», en núm. 32 de esta REVISTA, Madrid, 1960, págs. 65 y ss. La idea es tratada por George VEDEL, «Les bases constitutionnelles du Droit Administratif», cit., págs. 22 y ss.

⁵ Esta actividad se entiende auxiliar de las «funciones principales cumplidas por los órganos constitucionales para cuyo sostenimiento se establecen (legislar, juzgar)». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Civitas, Madrid, 2002, pág. 37. En general, sobre esto, vid. Juan Cruz ALLI ARANGUREN, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 346 y ss.

En Venezuela, y por la obra de Allan R. BREWER-CARÍAS, estas discusiones no se han formulado. Así, este autor asume un concepto de Derecho administrativo profundamente influenciado en el principio de separación de poderes, a fin de considerar que el Derecho administrativo abarca, por un lado, al Poder Ejecutivo en su actividad sublegal (no así su actividad de gobierno) y con independencia de la función ejercida (criterio orgánico); a los otros órganos del Poder Público, en ejercicio de la función administrativa, y a los particulares, también, en ejercicio de esa función, es decir, la actividad de rango sublegal orientada a la tutela concreta del interés público (criterio funcional)⁶. El Derecho administrativo se extiende a *cualquiera* de estas dos visiones (orgánica y funcional) y de allí su amplitud y, con ello, la amplitud del sistema de garantías por él diseñado.

Este concepto ha influenciado a la definición de distintas figuras del Derecho administrativo, y muy en especial al acto administrativo. Inicialmente, BREWER-CARÍAS se había decantado por la predominancia del criterio funcional, pero con posterioridad extendió ese concepto tanto al criterio orgánico como al funcional⁷. Y, consecuentemente, al definirse globalmente al acto administrativo, el control de la jurisdicción contencioso-administrativa se extendió no sólo a la actividad o inactividad del Poder Ejecutivo, sino también a la actividad e inactividad de otros órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa.

Por ello, como puede apreciarse, el concepto de Derecho administrativo en Venezuela no se limita a un concreto órgano ni tampoco a un sujeto específico. En general, el Derecho administrativo se extiende a la actividad e inactividad de rango sublegal del Poder Ejecutivo, así como también a la actividad e inactividad de los otros órganos del Poder Público en sus relaciones jurídico-administrativas. Incluso ese concepto se ha ampliado a los particulares cuando ellos desarrollen también actividad administrativa, tesis que, de arraigo francés, ha dado origen a los llamados actos de autoridad en Venezuela, basados en el concepto de *potestad administrativa*⁸. Así, lo que identifica al acto administrativo es el ejercicio de la potestad administrativa, sea que ella es llevada a cabo por el Poder Ejecutivo, por otros órganos del Poder Público e incluso por particulares.

Esta tesis, sin embargo, ha dado lugar a lo que creemos es una indebida extensión del Derecho administrativo a actividades económicas desplegadas

⁶ Entre sus muchos trabajos dedicados al tema, vid. Allan BREWER-CARÍAS, «El concepto de Derecho administrativo en Venezuela», en núms. 100-101 de esta REVISTA, Madrid, 1983, págs. 685 y ss. Recientemente, vid. Allan BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, tomo I, Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela, 2005, págs. 153 y ss.

⁷ «El problema de la definición del acto administrativo», en *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984, págs. 25 y ss.

⁸ Así, vid. Allan BREWER-CARÍAS, «La Administración Pública», en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávil, Caracas, 2006, págs. 46 y ss.

por los ciudadanos en ejercicio de su derecho fundamental de libertad económica. Así, la jurisprudencia ha considerado que toda empresa privada que lleve a cabo una actividad *declarada o considerada* servicio público quedará imbuida en un régimen jurídico-administrativo, lo que se traduce, en la práctica, en el reconocimiento de *potestades inmanentes* de la Administración para dirigir la actuación de esas empresas privadas⁹. Aquí el concepto de Derecho administrativo se ha ampliado pero para afectar a la libertad, que deja de ser tal al quedar regida *sustancialmente* por el Derecho administrativo, al punto que la empresa privada se confunde con una figura subjetiva de la organización administrativa¹⁰.

Dejando a un lado lo que es un indebido exceso de la jurisprudencia, la obra de BREWER-CARÍAS ha sido determinante para articular un concepto general de Derecho administrativo basado tanto en el Poder Ejecutivo como en la función administrativa. Una reciente muestra de ello es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que delimita la competencia de la justicia administrativa, precisamente, a partir de estos dos criterios: la actividad (o inactividad) de rango sublegal del Poder Ejecutivo y la actividad (o inactividad) administrativa de los órganos del Poder Público, e incluso de los particulares (arts. 8 y 9). Notar cómo lo preponderante, en este último caso, es el ejercicio de la actividad administrativa, entendida en doble sentido: actividad de limitación producto de potestades administrativas y actividad de prestación. Ello nos conduce al concepto funcional de Administración pública y, por ello, a la aplicación del Derecho administrativo no sólo al Poder Ejecutivo.

II. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA INTERAPLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

La definición tradicional de Derecho administrativo pasa por distinguir, también, si la Administración actúa sujeta a éste o si, por el contrario, obra con subordinación al Derecho privado. Distinción de régimen jurídico que se proyecta a la finalidad perseguida. Bajo la concepción tradicional, la Administración, cuando actúa como *potentior personae*, se sujeta al Derecho administrativo; si actúa como un particular, por el contrario, lo hará bajo las reglas del Derecho privado. La consecuencia primera de esta distinción, en Francia, es la jurisdicción competente para conocer los litigios que se entablen contra la Administración: justicia administrativa si obra bajo el Derecho

⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, entre muchas otras. Nuestro comentario crítico, en José Ignacio HERNÁNDEZ G., «El objeto del procedimiento administrativo y la vis expansiva del Derecho administrativo venezolano», en *El Derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público*, Caracas, 2006, págs. 703 y ss.

¹⁰ De allí la observación de DELVOLVÉ: el servicio público es un riesgo a la libertad. Vid. «Services publics et libertés publiques», en *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 1, París, 1985, págs. 1 y ss.

administrativo o justicia civil cuando obra bajo el Derecho privado¹¹. De allí deriva la dualidad de figuras jurídicas aplicables a la Administración pública, como sucede por ejemplo con el contrato: *contrato administrativo* suscrito con la intención de atender el servicio público bajo un régimen exorbitante de Derecho común y sometido a la justicia administrativa, frente al *contrato de la Administración* sujeto a Derecho privado, pues la Administración actúa como un particular bajo la justicia ordinaria.

La obra de BREWER-CARÍAS, en un primer momento, partió de esta férrea distinción, en especial al formular el concepto de contrato administrativo, que fue rápidamente seguido por la jurisprudencia¹². Posteriormente, BREWER-CARÍAS volvió sobre su posición, a los fines de observar que la Administración *siempre* actúa subordinada al Derecho administrativo, incluso cuando acude instrumentalmente al Derecho privado. Por ello ha llegado a cuestionar la rigidez de la tesis del contrato administrativo, al considerar que todo contrato celebrado por la Administración se sujeta siempre al Derecho administrativo, sin perjuicio que también rija el Derecho privado¹³. En resumen, más que la férrea distinción entre bloques de Derecho público y bloques de Derecho privado, el ordenamiento jurídico al cual se somete la Administración se basa en la interaplicación de estas dos ramas, con lo cual la justicia administrativa podrá conocer de pretensiones deducidas siempre con ocasión de la actividad administrativa, incluso aquella basada preponderantemente en el Derecho privado¹⁴.

La nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en Venezuela, ha seguido esta tesis. De esa manera, los artículos 8 y 9, al determinar la competencia de la justicia administrativa, se refieren a toda manifestación de la actividad o inactividad administrativa con independencia del Derecho sustantivo aplicable. Por ello, la justicia administrativa conocerá de toda pretensión de «contenido administrativo», es decir, basada en relaciones jurídico-administrativas, incluso si preponderantemente ellas se someten al Derecho privado. Una de las más importantes consecuencias de esta nueva visión es que la figura del contrato administrativo pierde relevancia de cara a determinar la competencia de la justicia administrativa: toda pretensión deducida con ocasión de los contratos celebrados por la Administración será conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tan es así que desaparece, en la Ley, la expresión «contrato

¹¹ Pierre DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, Dalloz, París, 2006, pág. 82.

¹² *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, págs. 157 y ss.

¹³ Inicialmente, vid. «La evolución del concepto de contrato administrativo», en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, págs. 45 y ss. Más recientemente, vid. «Nuevas consideraciones sobre el régimen de los contratos del Estado en Venezuela», en *Estudios de Derecho administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 417 y ss.

¹⁴ Allan BREWER-CARÍAS, «La interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública y el procedimiento de huida y recuperación del Derecho administrativo», en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*, FUNEDA, Caracas, 1996, pág. 31.

administrativo» para ser sustituida por «actuación bilateral de la Administración»¹⁵.

III. REFLEXIÓN FINAL: EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA DESDE LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

La obra de Allan R. BREWER-CARÍAS, que cumple medio siglo, ha configurado el concepto de Derecho administrativo en Venezuela en un sentido amplio. El Derecho administrativo, para el autor, se aplica al Poder Ejecutivo (salvo cuando obre en ejercicio de la función de gobierno), por un lado, y a los órganos del Poder Público y a los particulares, por el otro, cuando ejerzan actividad administrativa¹⁶. También rige a la Administración incluso cuando instrumentalmente ella se sujete a Derecho privado, pues no existe una «actividad administrativa de Derecho privado». Este concepto ha sido recibido en doctrina, jurisprudencia y legislación, incluso en fecha reciente, como lo acredita la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010.

Esta construcción se ha realizado con el deliberado propósito de afirmar el control del Estado en beneficio de los derechos de los ciudadanos. De esa manera, gracias al concepto de BREWER-CARÍAS, en Venezuela se acepta que toda la actividad e inactividad administrativa queda sujeta a Derecho y al control judicial, con independencia del órgano que lleve a cabo esa actividad, e incluso del régimen jurídico aplicable. Una construcción dogmática puesta al servicio del Estado de Derecho, de la democracia y de las garantías de los ciudadanos, que responde a medio siglo de incesante investigación. Con razón ha señalado Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA que el Derecho público que enseña BREWER-CARÍAS es «pues, inequívoca, absolutamente democrático. El Derecho Público del Estado de Derecho y de la libertad»¹⁷.

Esta influencia no ha cesado, siquiera, ante las drásticas transformaciones que se han pretendido insertar en el Derecho público venezolano, para reducir el alcance del Estado de Derecho y de la subordinación plena de la Administración al Derecho. No ha cesado tampoco esa influencia ante los intentos de transformar el Derecho administrativo en un Derecho *de la Administración*, del poder, de la prerrogativa. Muy por el contrario, el concepto de Derecho administrativo que ha construido BREWER-CARÍAS en cincuen-

¹⁵ De hecho, antes de la nueva Ley, y con ocasión de la interpretación práctica de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2005, se había establecido que toda pretensión deducida con ocasión de cualquier contrato celebrado por la Administración quedaba residenciada en la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. Allan BREWER-CARÍAS, «Algunas innovaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004», en *Crónica sobre la «in» justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 82 y ss.

¹⁶ Además de las obras ya citadas, vid. Allan BREWER-CARÍAS, «Los poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos», en *Estudios de Derecho administrativo 2005-2007*, cit., págs. 65 y ss.

¹⁷ «Discursos en el acto de presentación del libro: *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*», en *Revista Peruana de Derecho Público*, año 4, núm. 7, Lima, julio-diciembre 2003, págs. 123-131.

ta años es y sigue siendo herramienta útil del ciudadano en su incesante lucha contra las arbitrariedades del poder, pues tal es, en síntesis, la utilidad última del concepto que BREWER-CARÍAS ha construido: la ampliación del control de legalidad sobre la Administración y de su control judicial, en defensa de los derechos de los ciudadanos.

La Unión (Caracas), octubre de 2010.

